FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

GUILHERME ENRIQUE MALOSSO QUINTANA

FRAUDE À EXECUÇÃO E ARBITRAGEM

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2014

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

GUILHERME ENRIQUE MALOSSO QUINTANA

FRAUDE À EXECUÇÃO E ARBITRAGEM

Dissertação de mestrado elaborada de acordo com o Edital FD/PÓS/SEL. n. 01/2010 e apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito Processual. Área de concentração: Direito Processual. Linha de Pesquisa: Garantias e Princípios de Direito Processual.

Orientador: Professor Dr. Carlos Alberto Carmona

São Paulo

2014

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Banca Examinadora

Ao amor, Larissa.

AGRADECIMENTOS

Àqueles a quem devo tudo, sempre: Luciana Aparecida Malosso Quintana e Luis Enrique Oscar Quintana Gómez-Sanchez, meus pais; Adahir Stolf Malosso e Marcolino Malosso, meus avós maternos; Freia Mirian Gómez-Sanchez Anderson de Quintana e Luis Abelardo Antonio Quintana Lobato, meus avós paternos; Camila Malosso Quintana Torres e André Enrique Malosso Quintana, meus irmãos; e Miguel Quintana Torres, meu afilhado.

Ao Professor Carlos Alberto Carmona, seguramente um dos melhores juristas e advogados de sua geração, com quem tive o privilégio de trabalhar nos últimos sete anos e a quem devo muito de minha formação profissional e pessoal. Agradeço pela valiosa orientação e, principalmente, pela enriquecedora convivência diária.

À equipe de arbitragem do escritório Marques Rosado, Toledo Cesar e Carmona, formada por profissionais extremamente competentes e por amigos de todas as horas, a qual tive a alegria de integrar e sem a qual o presente trabalho não teria sido possível: Berardino Di Vecchia Neto, Bruno Ferreira Soares Batista, Carlos Eduardo Stefen Elias, Gustavo Ramos Gonzales, José Augusto Bitencourt Machado Filho e Marcelo Junqueira de Mello. Também à Denise Hernandez Périco Martins, que já considero tombada como patrimônio infungível de todos nós.

Ao escritório Marques Rosado, Toledo Cesar e Carmona, na pessoa da sócia fundadora Maria do Céu Marques Rosado, a quem também agradeço pelas preciosas oportunidades de desenvolvimento profissional, acadêmico e pessoal.

Aos amigos queridos de todas as horas, mesmo os mais distantes, que sempre fizeram e fazem tudo valer a pena: Carolina Kaori Ikawa Bellinger, Fernanda da Silva Gomes, Ismael Vilela Neto, João Guilherme Mazzini Bruschi, José Alves Ribeiro Júnior, Lúgia Miranda Carvalho, Michele Almeida Francelino de Souza, Patrick Noronha Lobo, Raphael Frateschi de Lima, Ronaldo Bovo e Victor Tacla Nalin.

RESUMO

QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso. *Fraude à execução e arbitragem*. 138f. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

A consolidação da arbitragem como mecanismo amplamente utilizado para a resolução de controvérsias em nosso país traz questionamentos a respeito dos riscos e da efetividade de tal método quando o assunto é a execução da sentença arbitral. Enquanto no processo estatal a efetividade da sentença é assegurada pelo reconhecimento da fraude à execução (sancionada com a ineficácia dos atos fraudulentos), restam dúvidas acerca da aplicabilidade da mesma regra no processo arbitral.

A garantia da higidez patrimonial através da repreensão da fraude à execução também deve ser observada no processo arbitral, do contrário será incentivada a má-fé, bem como enfraquecida a efetividade da execução da sentença para aqueles que elegem a arbitragem para a resolução de suas controvérsias.

Neste mister, o presente trabalho procura traçar os contornos da fraude à execução e da jurisdição arbitral para, através do confronto entre elas, trazer reflexões que colaborem com a compreensão dos riscos assumidos pelo usuário da arbitragem, especialmente no que diz respeito à efetividade de uma eventual execução da sentença arbitral.

Palavras-chave: Responsabilidade patrimonial. Fraudes contra o direito de crédito. Fraude à execução. Efetividade dos meios alternativos de solução de controvérsias (ADR). Arbitragem.

ABSTRACT

QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso. *Fraud of execution and arbitration*. 138p. Master in Law. University of São Paulo Law School. São Paulo, 2014.

The consolidation of arbitration as a method widely used in Brazil has brought up the discussion over the risks and over the effectiveness of the arbitration award enforcement. While in state court procedures the effectiveness of the decision is assured by the legal recognition of fraud of execution (sanctioned with disregard of the fraudulent acts), in arbitral procedures the applicability of this same rule is doubtful.

The assurance of the patrimonial integrity through punishment of fraud of execution also must be observed in arbitration, otherwise bad faith would be stimulated and the enforcement of the arbitral award will be compromised for those who chose arbitration for solving their controversies.

This paper intends to analyze and to confront the features of fraud of execution and of the arbitral jurisdiction in order to collaborate with the understanding of the risks taken by the user of arbitration, especially regarding the effectiveness of the enforcement of the arbitral award.

Key words: Patrimonial liability. Frauds against the credit. Fraud of execution. Effectiveness of Alternative Dispute Resolution (ADR). Arbitration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	03
2 EXECUÇÃO CIVIL.....	04
2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS	04
2.2 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL: O DIREITO PROCESSUAL MATERIAL E O BINÔMIO <i>SCHULD</i> E <i>HAFTUNG</i>	10
2.3 PARTES E TERCEIROS NO PROCESSO EXECUTIVO: RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL PESSOAL E REAL, LIMITES DA RESPONSABILIDADE PESSOAL	13
3 AS FRAUDES CONTRA O DIREITO DE CRÉDITO	17
3.1 CONCEITO DE FRAUDE: INTRODUÇÃO DO TEMA	17
3.2 A FRAUDE CONTRA CREDORES NO DIREITO BRASILEIRO.....	26
3.2.1 Elementos objetivos da fraude contra credores.....	27
3.2.2 A importância e o conteúdo do elemento subjetivo	33
3.2.3 Consequência dos atos inquinados de fraude contra credores: a ação pauliana.....	39
3.3 A FRAUDE À EXECUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	44
3.3.1 Considerações terminológicas e epistemológicas	44
3.3.2 Elementos constitutivos: a diferença entre fraude à execução e fraude contra credores.....	47
3.3.3 A litispendência para caracterização da fraude à execução: a necessidade de citação válida e as espécies de demandas relevantes	52
3.3.4 Alienação ou oneração de bens na pendência de demanda fundada em direito real sobre eles	55
3.3.5 Alienação ou oneração de bens na pendência de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência	58

3.3.6 O mecanismo de reconhecimento da fraude à execução e as consequências do ato fraudulento	62
3.3.7 A relevância e o conteúdo do elemento subjetivo	65
 4 A FRAUDE NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	78
 5 FRAUDE À EXECUÇÃO E ARBITRAGEM	80
5.1 ABITRAGEM: INTRODUÇÃO AO TEMA	80
5.2 REFLEXÕES ACERCA DA JURISDICIONALIDADE DA ARBITRAGEM E DO PROCESSO ARBITRAL: A VIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO.....	82
5.3 LITISPENDÊNCIA ARBITRAL: TENTATIVA DE DEFINIÇÃO DE MARCOS PROCESSUAIS PARA A CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO	94
5.4 ARBITRABILIDADE OBJETIVA DAS DEMANDAS QUE VERSAM SOBRE DIREITO REAL RELATIVO A IMÓVEIS SITUADOS NO BRASIL: FRAUDE À EXECUÇÃO NA HIPÓTESE ELENCADE NO INCISO I DO ARTIGO 593 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	107
5.5 A QUESTÃO DA CONFIDENCIALIDADE E SEUS REFLEXOS NO RECONHECIMENTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO: AS POSIÇÕES E AS CAUTELAS À DISPOSIÇÃO DO CREDOR QUE OPTA PELA ARBITRAGEM ..	113
 6 CONCLUSÃO	121
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123
 ANEXO	134

INTRODUÇÃO

Há muito a arbitragem deixou de ser um tema de preocupação quase que exclusivamente acadêmica e disseminou-se entre nós como um mecanismo adequado, célere e eficaz de resolução de controvérsias, largamente utilizado no meio empresarial – em que apresenta maior utilidade – e previsto com frequência nos contratos mais sofisticados.

Entretanto, por ser um mecanismo relativamente novo na realidade brasileira (embora já existisse, a arbitragem efetivamente floresceu no Brasil apenas após a promulgação da lei 9.307/1996), ainda há muitos aspectos jurídicos que o cercam não explorados ou esgotados pela doutrina e pela jurisprudência – não obstante, dada a relevância do tema, a produção acadêmica em torno da arbitragem tenha crescido substancialmente desde o advento do marco legislativo.

Um dos temas sensíveis para o processo arbitral é a possibilidade de esvaziamento da eficácia da jurisdição dos árbitros e da sentença arbitral através da dissipação fraudulenta de bens realizada no curso da arbitragem. Para evitar que tal tipo de fraude permaneça sem resposta efetiva do sistema jurídico – situação indesejável e absolutamente desfavorável àqueles que optam pela via alternativa para a resolução de suas controvérsias – faz-se necessário transportar para o processo arbitral a mesma resposta encontrada na jurisdição estatal para a proteção do direito de crédito discutido na demanda e da própria efetividade da tutela jurisdicional. Negar idêntica repreensão aos atos fraudulentos praticados no curso de um processo arbitral equivaleria a desprestigiar tal mecanismo de resolução de controvérsias e, inclusive, abrir campo para que seja ele eleito maliciosamente apenas para que a parte possa deliberadamente se furtar do cumprimento de suas obrigações¹.

¹ “Uma vez que a Lei de Arbitragem equiparou a sentença arbitral à judicial, na medida em que a primeira, tendo efeito condenatório, constituirá automaticamente título executivo judicial, alterando o art. 584, III, do Código de Processo Civil (art. 41), não se pode negar que qualquer ato do devedor que incorra na hipótese do art. 593 do Código de Processo Civil, alienação ou oneração de bens no curso do processo arbitral, desde que considerado como ‘demanda capaz de reduzi-lo à insolvência’, poderá ser considerado como em fraude de execução (CPC, art. 593, inc. II). Entendimento contrário premiaria a má-fé, a fraude à jurisdição. O devedor poderia celebrar convenção arbitral, ciente de que no processo arbitral posterior não será possível o reconhecimento da fraude de execução, apenas para poder tranquilamente dilapidar patrimônio no seu curso. Convenciona a arbitragem apenas para fugir desse efeito do processo estatal. Escolhe o tipo de exercício de jurisdição que lhe acoberte a perfídia. Nesse caso, o processo arbitral prestaria um desserviço à função pública da jurisdição. Seria utilizado como mecanismo voltado a

Por tais razões, decidimos, por meio deste trabalho, buscar as premissas e as justificativas para perquirir sobre a viabilidade de considerar a existência de atos praticados em fraude à execução no curso da demanda arbitral. Tudo para investigar se a nossa ordem jurídica confere o adequado tratamento à questão, bem como para proporcionar àqueles que elegem tal método de solução de controvérsias uma melhor compreensão dos riscos existentes em sua escolha.

Nesse propósito, pretendemos entender o próprio conceito de fraude à execução e posteriormente verificar se seus pressupostos e especificidades permitiriam sua aplicação no campo da jurisdição arbitral. Em seguida, por meio da análise das vicissitudes da própria arbitragem, desenvolvemos nossas reflexões acerca da viabilidade e das condições em que seria possível falar em fraude à execução no curso do processo arbitral.

Iniciamos nossas reflexões com a exposição de conceitos ligados à própria atividade executiva, o que nos permite, na sequência, analisar o princípio contra o qual (embora não exclusivamente) atenta a fraude à execução – a responsabilidade patrimonial. Deste ponto de partida, seguimos para a análise do próprio conceito de fraude, passando por todas as espécies de atos fraudulentos até chegar à fraude à execução propriamente dita para melhor compreender o contexto em que topologicamente esta se insere e os princípios que a informam. Ao final, para atingir os objetivos do presente trabalho, realizamos o cotejamento entre a fraude à execução e as particularidades do processo arbitral, lançando as premissas e realizando as reflexões a que nos propusemos.

2 EXECUÇÃO CIVIL

2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS

Antes mesmo de analisar a noção de fraude – e dentro dela, a de fraude à execução – importante identificar precisamente a atividade executiva (hoje estatal), cuja eficácia é comprometida pela prática dos atos fraudulentos objeto de nossa preocupação.

referendar a escaramuça, o crime. E processo nenhum, muito menos o arbitral, tolera tais manobras” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Processo arbitral e sistema*, São Paulo, Atlas, 2012, p.147-148).

A atividade executiva remete à ideia de realização prática dos direitos reconhecidos pelo Poder Judiciário, cujo papel não se resume a proclamá-los, devendo também se cercar de condições de forçar a sua observância. A tutela jurisdicional executiva coloca-se, assim, como meio pelo qual o Estado-juiz realiza concretamente, no mundo dos fatos, o direito por ele proclamado e reconhecido.

A diferença entre a tutela jurisdicional cognitiva e a executiva é explicada de forma precisa e sintética por REDENTI. Afirma o autor que o procedimento executivo representa o exercício da *ação em sentido substancial* típico, a buscar um *resultado material tangível* que se dá *manu iudicis* – com a *excussão* patrimonial. De modo diverso, a atividade jurisdicional cognitiva resulta em um pronunciamento a respeito de um direito ou de uma situação de fato (exemplifica o autor: “é filho, é proprietário, é herdeiro, é credor...”)².

Nas palavras de LIEBMAN, que sintetiza o pensamento da doutrina italiana, execução seria a atividade jurisdicional³ dirigida a realizar praticamente a regra sancionadora. O autor liga a execução à sanção, considerando esta última o conjunto de “medidas estabelecidas pelo direito como consequência da inobservância de um imperativo”. Sendo assim, o inadimplemento de uma obrigação ou de um dever jurídico importaria na aplicação da sanção – com escopo de obter um resultado o mais equivalente possível ao conteúdo da obrigação descumprida (sendo a indenização a última alternativa) – a qual, caso não satisfeita espontaneamente, deveria ser implementada pelo Estado-juiz através da tutela jurisdicional executiva.

² “I procedimenti esecutivi sono predisposti per l’esercizio di *azioni in senso sostanziale* (azioni-diritti) tipiche, che chiameremo a loro volta *esccutive*, diverse da quelle che si esercitano nelle forme dei procedimenti di cognizione. Sono azioni che non tendono, come sappiamo, ad ottenere una pronuncia (*dictum*), del giudice, di questa forma, per esempio: ‘sei figlio, sei proprietario, sei erede, sei creditore insoddisfatto *ergo* (io giudice) accerto, costituisco o sciolgo, condanno, liquido ecc.’. Esse tendono invece al conseguimento di un risultato materiale tangibile, che si attua *manu iudicis* (*factum dum dictum*: ‘prenditi’, concluderà il giudice, ‘questi spendibili, anche se non sonanti, quattrini; ricevi dalle mie mani questa cosa, eccoti ricostruito il muro...’).” (REDENTI, Enrico, *Diritto Processuale Civile*, vol. III, Milão, Giuffrè, 1957, p. 101).

³ Importante mencionar a superada visão da execução como atividade administrativa: “nesta altura, é quase desnecessário declarar que deve rejeitar-se a opinião, que é feita, aliás, com freqüência sempre menor em tempos recentes, segundo a qual a execução seria atividade puramente administrativa. Remonta ela à época em que o processo era definido como resolução de controvérsias, e não abrangia portanto a execução. O conceito moderno de função jurisdicional abrange necessariamente também a execução como atividade não simplesmente complementar da cognição e sim como parificada com esta em importância prática e interesse científico” (LIEBMAN, Enrico Tulio, *Processo de Execução*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 5).

Entre nós, DINAMARCO define execução como um conjunto de atos estatais tendentes a fazer atuar a atividade sancionatória, com ou sem o concurso da vontade do devedor, para invadir o patrimônio deste com o fim de realizar o resultado prático desejado concretamente pelo direito material⁴.

Destarte, com as várias nuances tratadas pela doutrina, pode-se definir a atividade executiva como a realização prática do direito pronunciado (quando há tutela cognitiva) ou reconhecido (quando há título não proveniente do juiz estatal hábil a legitimar a ação executiva). Aliás, o primado da efetividade (concreção) da tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente, podendo-se afirmar que a própria atividade jurisdicional pressupõe esses mecanismos executivos capazes de dar concretude aos direitos tutelados em juízo⁵.

Os mecanismos pelos quais se dá a realização prática do direito proclamado sofreram grande evolução desde os tempos primitivos – quando vigia a autotutela – até os tempos atuais, em que a atividade executiva passou a ser monopolizada pelo Estado-juiz.

A história da execução passa pela história da própria sanção: em épocas mais remotas a distinção entre sanção civil e sanção penal era menos acentuada e chegava a desaparecer totalmente. O desenvolvimento da execução no direito romano nos mostra tal trajetória. Nos primórdios daquele direito, a sanção para o inadimplemento da obrigação atingia diretamente a pessoa do devedor ou a totalidade de seu patrimônio, excedendo em tamanha proporção o valor da obrigação que se verificava um inegável caráter penal (ainda que parcial).

Depois da autotutela, a primeira forma de execução de que se tem notícia no processo civil romano foi a *manus injectio*, mecanismo através do qual era assinalado prazo para que o devedor saldasse a sua dívida sob pena de ser ele entregue ao credor para que este iniciasse a execução. Para satisfazer-se, o credor poderia vender

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução Civil*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 120-121. No mesmo sentido THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo de execução*, 21ª ed., São Paulo, Leud, 2002, p. 58.

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução Civil*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 33.

o devedor como escravo, ou mesmo matá-lo⁶, o que transparece o caráter vingativo do conceito de execução então vigente.

A *manus injectio* coexistiu com a *pignoris capio*, de utilização restrita, na qual o credor se apossava de determinado bem do devedor por um prazo determinado com a finalidade de exercer pressão psicológica no devedor e compeli-lo a cumprir a obrigação. Uma vez que esta não era cumprida no prazo assinalado, poderia o credor destruir o bem ou passar a tê-lo como seu. A tal método executivo seguiu-se o regime da *bonorum venditio*, procedimento pelo qual o credor se apossava da totalidade do patrimônio do devedor inadimplente e, após a convocação dos demais credores, procedia à alienação da integralidade do patrimônio apreendido para que produto da alienação satisfizesse as dívidas inadimplidas⁷.

Por fim, no período romano pós-clássico, passou a vigor o procedimento do *pignus in causa judicati captum*, no qual era apreendido apenas determinado bem do devedor, suficiente para satisfazer a dívida (não mais a integralidade de seu patrimônio).

A gradativa evolução do direito romano nos mostra a modificação do conceito de execução forçada, passando-se da execução corporal (sanções penais) à execução patrimonial⁸, a qual de início incidia sobre todo o patrimônio do executado e, num estágio ulterior, restringiu-se ao quanto necessário para a satisfação do direito obrigacional violado. Tudo em torno do fortalecimento do Estado, que passou a deter o monopólio do uso da força, acompanhado da paulatina transformação da mentalidade dos cidadãos, que passaram a se acostumar a viver sob a autoridade estatal, abandonando o primitivo individualismo.

A história da execução, portanto, acompanhou a história do próprio Estado. Apenas com o fortalecimento e progressivo monopólio do uso da força foi possível tirar das mãos dos particulares a realização concreta de seus direitos, tarefa que passou a ser atribuída ao ente estatal.

⁶ “Intentada inútilmente esta formalidad y transcurridos los sesenta días, el acreedor pasa a ser directamente patrono del deudor condenado a su favor, de manera que puede venderlo y hasta hacerlo esclavo por derecho civil (bien que *trans Tiberim*, esto es, en suelo etrusco): más aún, parece ser que había incluso el derecho de matar al deudor reducido a tal estado de sometimiento respecto de su acreedor; y si los acreedores eran varios, tenían el derecho de dividirse su cuerpo” (SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 286).

⁷ NEVES, Celso, *Da arrematação de real a real*, São Paulo, RT, 1958, p. 22-31.

⁸ BUZAID, Alfredo, *Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 41 e ss.

A evolução da execução também acompanhou a evolução do pensamento político refletido no direito. Assim, com a consolidação de valores como a dignidade da pessoa humana, surgiram os *direitos da personalidade*, hoje considerados inalienáveis, que limitam a atividade executiva – tal como atualmente considerada – não apenas para tornar excepcionalíssima a execução pessoal (prisão civil), mas também para determinar que a invasão patrimonial cesse no exato ponto em que esteja satisfeito o credor, bem como para impedir que seja atingida a esfera patrimonial que garante o mínimo existencial do executado⁹.

Em termos modernos, numa acepção *lata*, execução pode significar qualquer forma de cumprimento da obrigação pelo credor, inclusive o cumprimento voluntário realizado sem a necessidade de recorrer ao processo judicial (fala-se em execução da obrigação). Entretanto, a doutrina processualista clássica, para especificar o objeto de preocupação da execução em sentido estrito, também chamada execução *direita* ou *forçada*, distingue-a de outras modalidades de execução, que não possuem o caráter substitutivo ou imperativo que se observa nesta. Trata-se das denominadas execução *indireta* e execução *imprópria*.

Fala-se de execução *indireta* quando aplicados meios para constranger o próprio devedor a adimplir sua obrigação, como multas (*astreintes*) ou mesmo prisão civil (na excepcionalíssima hipótese hoje ainda existente em nosso direito do devedor de alimentos). LIEBMAN nega o caráter executivo desse tipo de coerção, pois, na visão do autor, tratar-se-ia de mero cumprimento da obrigação pelo devedor, sem a necessária coatividade e imperatividade da ação estatal a obrigá-lo, sendo a qualidade de realizar o direito independente da vontade do devedor considerada inerente ao conceito de execução¹⁰ (execução direta).

Doutrina mais recente, todavia, sem deixar de reconhecer a diferença entre execução direta e indireta – o que justificaria a insistência na adoção dos dois termos – não deixa de reconhecer esta segunda como genuína modalidade de execução¹¹, entendida em sentido amplo como toda atividade desenvolvida para a realização concreta da tutela jurisdicional.

⁹ DINAMARCO, *Execução civil*, op. cit., p. 34-35.

¹⁰ *Processo de execução*, op. cit., p. 6.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Processo Civil, vol 3: Execução*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 71.

De qualquer forma, fato é que todas essas medidas de execução indireta visam a agravar a pressão psicológica sobre o devedor, para que cumpra voluntariamente sua obrigação, tendo lugar a atividade substitutiva (execução forçada) dos órgãos jurisdicionais quando a atuação sobre a vontade do obrigado se mostrar ineficaz.

Ao lado da execução indireta, há o que a doutrina denomina de execução *imprópria*, representada por todos aqueles atos de cumprimento das sentenças constitutivas ou meramente declaratórias. Tal atividade normalmente consiste em simples ato de registro ou de publicidade realizado por funcionários públicos, não podendo ser considerada execução em sentido próprio por tratar-se de mero ato notarial¹², realizado por quem não possui qualquer relação jurídica com as partes da demanda.

Por fim, cumpre destacar algumas consequências decorrentes da natureza jurisdicional da execução forçada lembradas por ZAVASCKI¹³ – cuja importância é nevrálgica para a compreensão dos fenômenos ora estudados e, em especial a última delas, serve de premissa para justificar a própria repressão dos atos praticados em fraude à execução. São elas: (i) princípio do monopólio estatal da função executiva; (ii) poderes do juiz na direção do processo de execução; e (iii) respeito à dignidade da função jurisdicional.

O primeiro princípio – decorrente da evolução histórica acima mencionada – consagra entre nós a ideia de execução como atividade pública destinada a garantir e efetivar os ditames legais. A oficialidade da execução em nosso sistema jurídico é reconhecida no artigo 577 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que os atos executivos serão determinados por um juiz.

O segundo aspecto remete à necessária postura ativa do juiz voltada para a satisfação material da prestação que lhe é reclamada (valendo para o processo executivo as mesmas regras de impulso oficial aplicadas para o processo de conhecimento).

¹² SILVA, Ovídio Baptista da, *Curso de Processo Civil*, v. 2, São Paulo, RT, 2000, p. 26). No mesmo sentido LIEBMAN, *Processo de execução*, op. cit., p. 6.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo de execução*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 67 e ss.

O terceiro é decorrência do monopólio estatal da atividade executiva. Sendo a atividade jurisdicional executiva exercício de atividade pública, qualquer ato que contra ela atente, além de ferir o direito subjetivo do exequente, ofenderá diretamente o interesse público consubstanciado na dignidade da Justiça. Eis o quanto expressamente estabelecido no artigo 600 de nosso diploma processual.

Realizadas as considerações acima, passamos a tratar especificamente da responsabilidade patrimonial e, a seguir, das fraudes contra o direito de crédito, que se voltam diretamente contra o primado de que todo o patrimônio do devedor responde pelo cumprimento de suas obrigações (mais precisamente, atentam as fraudes mencionadas contra a higidez do patrimônio que, em decorrência deste primado, responde pelo débito fraudado).

2.2 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL: O DIREITO PROCESSUAL MATERIAL E O BINÔMIO *SCHULD E HAFTUNG*

O desenvolvimento do direito processual consagrou a sua autonomia científica em relação ao direito material. Este cuidaria diretamente das relações interpessoais ou intergrupais, criando, modificando ou extinguindo direitos subjetivos, além de estabelecer consequências jurídicas para os fatos disciplinados (sanções). Confiou-se ao direito processual o estabelecimento de regras para a descoberta dos fatos juridicamente relevantes e para a aplicação da norma substancial concreta pelo juiz, com a finalidade de dar concretude às soluções ditadas pelo direito material¹⁴.

Não obstante a consagrada autonomia do direito processual, existem situações que se encontram em *faixas de estrangulamento* do sistema, por tratarem de institutos processuais que repercutem diretamente para fora do processo, nas próprias relações jurídicas substanciais das partes. Trata-se do denominado *Direito Processual Material* ou *Direito Judiciário Material*¹⁵.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 44-45.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Justicial Material* in *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1946, p. 1-4.

As normais processuais puras, ou processuais formais, seriam aquelas cujo conteúdo se exaure na própria relação jurídica processual (por exemplo, as que preveem prazos e recursos), já as normas processuais materiais necessariamente trariam alguma repercussão extraprocessual, afetando diretamente a esfera dos direitos materiais das partes¹⁶, suas relações jurídicas e seus bens. Nesta segunda modalidade de normas inserem-se aquelas que dizem respeito à ação, à prova, à coisa julgada e, para o que nos interessa, à *responsabilidade patrimonial*. A característica bifronte desta última, faz com que seja ela tema de preocupação do direito material e do direito processual.

Para compreender o conceito de responsabilidade patrimonial, é de muita valia a incursão na doutrina civilística que se desenvolveu na Alemanha no final do século XIX e início do século XX, responsável por sistematizar conceitualmente a obrigação para dividi-la em dois elementos¹⁷, o débito (designado pelos autores germânicos como *Schuld*) e a responsabilidade (designada como *Haftung*).

O pensamento da doutrina alemã é sintetizado por LARENZ. O primeiro elemento obrigacional representa o direito do credor de exigir a entrega da prestação objeto da obrigação, correlato ao dever do devedor de atribuí-la. O segundo determina a submissão do patrimônio do devedor à expropriação forçada para a satisfação da obrigação inadimplida, ficando o patrimônio do devedor (parcial ou inteiramente) sujeito à excussão patrimonial realizada pelo credor através do manejo da ação executiva.

A despeito da separação teórica dos elementos da obrigação, o jurista os entende indissociáveis para que esta esteja caracterizada¹⁸. Há, contudo, a possibilidade de existir débito sem responsabilidade – é o caso das obrigações naturais (como a dívida de jogo) – assim como responsabilidade sem débito – e a responsabilidade do fiador

¹⁶ “São processuais substanciais as que outorgam ao sujeito certas situações exteriores ao processo e que nele repercutirão de algum modo se vier a ser instaurado. São processuais puras, ou processuais formais, as que operam exclusivamente pelo lado interno do processo e nele exaurem sua eficácia, disciplinando os atos e relações inerentes ao processo e não lançando efeitos diretos para o lado externo, ou seja, sobre a vida das pessoas (p.ex., normas sobre a forma dos atos processuais, prazos, meios de prova e valoração desta, procedimentos adequados, recursos, etc.)” (DINAMARCO, *Instituições...*, vol. 1, op. cit., p. 47-48).

¹⁷ A respeito da teoria dualista da obrigação cfr. COMPARATO, Fábio Konder, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964.

¹⁸ “Cabe distinguir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber prestar, pero aquélla sigue ésta como la sombra el cuerpo. El que asume una obligación no se hace cargo solo de un deber jurídico-moral (lo que para algunos significaría muy poco), sino que corre el riesgo de perder su patrimonio (o una parte del mismo) por vía ejecutiva. De esta suerte la ‘responsabilidad’ que acompaña a la ‘deuda’

(que não é devedor da obrigação originária) é o exemplo comumente encontrado na doutrina¹⁹.

Tal linha de pensamento foi abraçada pela doutrina civilista e processualista nacional, assim como pela doutrina processualista italiana que influenciou o direito pátrio. Desse modo, embora a teoria dualista não seja a única teoria sobre a natureza da obrigação, é ela bastante útil para a compreensão do fenômeno ora estudado – a fraude à execução – que atenta diretamente contra o um dos elementos apontados por esta teoria como integrante da obrigação, a responsabilidade (*Haftung*).

LIEBMAN defende uma visão processualizante da responsabilidade patrimonial, proclamando ser esta “um estado de sujeição puramente processual”, independente da relação obrigacional que teria originado o título executivo. À época, contrapôs o pensamento de CARNELUTTI (de que a responsabilidade patrimonial apenas poderia subsistir se a obrigação do devedor igualmente subsistisse) para estabelecer que o pressuposto da responsabilidade patrimonial seria apenas a existência de título executivo, sendo a subsistência da obrigação material a ser satisfeita matéria que diz respeito apenas à existência do título executivo a legitimar a execução (a qual, uma vez desencadeada, dá corpo à responsabilidade patrimonial)²⁰.

Assim, o autor nega que a responsabilidade seja elemento da relação jurídica obrigacional, para designá-la como “vínculo de direito público processual, consistente na sujeição dos bens do devedor a serem destinados a satisfazer o credor, que não recebeu a prestação devida, por meio da sanção por parte do órgão judiciário”²¹.

Interessante posição é a de JOSÉ ALBERTO DOS REIS que realiza uma distinção entre responsabilidade substancial ou civil e responsabilidade executiva. A primeira estaria ligada à obrigação do devedor de satisfazer a dívida; a segunda – que nos parece o próprio conceito de responsabilidade patrimonial de LIEBMAN –

transmite a ésta una especie de gravitación” (LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 34).

¹⁹ GOMES, Orlando, *Obrigações*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 18.

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio, *Embargos do executado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1968, p.147-148.

²¹ *Processo de execução*, op. cit., p. 37.

consideraria apenas os bens efetivamente passíveis de apreensão judicial através da atividade executiva²².

Conceituar cientificamente a responsabilidade patrimonial não é tarefa simples, eis justamente o campo cinzento de estrangulamento do sistema acima mencionado. De todo modo, não há dúvida de que as normas relativas à responsabilidade patrimonial – principalmente por sua característica bifronte, a gerar consequências na seara processual e substantiva – são também disciplinadas pelo direito material²³. Consequência disso será percebida de maneira direta no presente trabalho, quando analisaremos normas relativas à proteção da responsabilidade patrimonial ditadas pelo direito privado (como ocorre na fraude contra credores) e outras decorrentes de regras processuais²⁴ (a fraude à execução).

2.3 PARTES E TERCEIROS NO PROCESSO EXECUTIVO: RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL PESSOAL E REAL, LIMITES DA RESPONSABILIDADE PESSOAL

Como regra geral, o devedor responde com todo o seu patrimônio para o pagamento de sua dívida, ou seja, a princípio, todos os seus bens estão sujeitos à apreensão e alienação compulsória, ou adjudicação, para que o credor seja satisfeito com o resultado da atividade expropriatória (tratando-se de obrigação reipersecutória a

²² “Caracterizámos a responsabilidade executiva como a contra-partida da acção executiva, isto é, como a sujeição do devedor ao exercício da actividade executiva. Esta sujeição traduz-se pela impossibilidade jurídica, para o devedor, de evitar que os órgãos do Estado tornem efectiva *sobre o seu património* a sanção contida no título executivo. Ora se a impenhorabilidade subtrai determinados bens do devedor ao domínio e alcance da acção executiva, limita por isso mesmo a esfera de influência desta acção e consequentemente a zona da responsabilidade executiva. O conceito de responsabilidade executiva desenha-se, assim, como tendo extensão mais restrita do que o conceito da responsabilidade substancial ou civil. Aquele que contrai uma dívida está obrigado a satisfazê-la (responsabilidade civil); se não cumprir e for condenado, fica sujeito a sofrer as consequências da acção executiva (responsabilidade executiva); mas se não tiver bens alguns, ou se todos os seus bens forem impenhoráveis, ou se todos os seus bens penhoráveis forem insuficientes para assegurar o pagamento ao credor, a responsabilidade executiva não funciona ou funciona dentro de limites restritos e deficientes” (*Processo de execução*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 312-313).

²³ Aliás, há quem defenda que todas as normas relativas à responsabilidade patrimonial seriam materiais. Reza o verbete “Responsabilità Patrimoniale” da Enciclopedia Giurica: “Oggetto della responsabilità patrimoniale del debitore è il complesso dei suoi Beni. Ciascuno di essi può essere aggredito dall’azione esecutiva promossa dal creditore. La norma, che determina genericamente la sfera entro cui può operare l’ó strumento processuale, è una norma di diritto materiale” (TRECCANI, Instituto Della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni, Roma, 2007).

satisfação do credor não se dará com o produto da alienação, mas com a entrega do próprio bem expropriado, o que também se faz possível na adjudicação como forma de pagamento – estimulada através da reforma do Código de Processo Civil de 2006, como veremos adiante).

Trata-se do que LARENZ denomina *responsabilidade pessoal* (ou ilimitada), que se contrapõe à responsabilidade real (ou limitada a um único bem)²⁵, que tem lugar quando um determinado bem integrante do patrimônio do devedor é contratual ou legalmente destinado a satisfazer determinada obrigação (em geral, nos contratos de garantia real).

A regra geral da responsabilidade pessoal, contudo, sofre limitações legais decorrentes do já mencionado imperativo político de humanização da execução forçada. A evolução social e política do sistema de execução, ao mesmo tempo em que primou por sua patrimonialidade (com a exceção já mencionada), criou sistema de defesa do executado, com o reconhecimento de que o direito de crédito do credor não é absoluto e deve se submeter aos direitos da personalidade do devedor. É nesse sentido que a doutrina proclama que o processo de execução também deve ser entendido como uma garantia para o próprio executado²⁶ e não apenas como mecanismo colocado à disposição do credor para satisfazer coativamente seu crédito (ou, como entende LIEBMAN, a sanção imposta ao devedor por conta do descumprimento da obrigação).

Em sintonia com a evolução sócio-política do sistema de execução, nosso direito positivou o princípio de que a execução deve ser realizada da maneira menos gravosa para o devedor (artigo 620 do Código de Processo Civil²⁷), ao mesmo tempo em que impôs limites à responsabilidade patrimonial do executado, com o fito de resguardar seus direitos fundamentais.

Assim, garantiu-se ao devedor a intangibilidade de um mínimo patrimonial necessário à sua subsistência e à de sua família. O artigo 649 do Código de

²⁴ Que não deixam de ser processuais materiais, mas que, de qualquer modo, pelo critério topológico estão inseridas no Código de Processo Civil.

²⁵ *Derecho...*, Op. cit., p. 36.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*, op. cit., p. 174-175.

²⁷ O diploma processual de 1939 já consagrava a mesma fórmula: “Quando por vários meios se puder executar a sentença, o juiz mandará que a execução se faça pelo modo menos oneroso para o executado” (artigo 903).

Processo Civil traz rol não exaustivo²⁸ de bens considerados absolutamente impenhoráveis. O artigo subsequente estabelece o que a doutrina chama de “impenhorabilidade relativa”²⁹, pois prevê a possibilidade de apreensão judicial apenas no caso de inexistência de outros bens passíveis de penhora (trata-se dos frutos e dos rendimentos dos bens absolutamente inalienáveis). A lei 8.009/1990 garante, ainda, a proteção ao denominado “bem de família”, retirando-o da esfera da responsabilidade patrimonial do devedor.

Contudo, os limites negativos da responsabilidade patrimonial – regras que garantem a intangibilidade do patrimônio do devedor – não são objeto de preocupação para o enfrentamento da discussão ora proposta, a qual se liga estritamente aos limites positivos da responsabilidade patrimonial, ou seja, aos bens que efetivamente integram a órbita da responsabilidade patrimonial do executado e estão sujeitos à apreensão judicial.

Como a execução é instrumento para a satisfação do credor e, mais do que isso, atividade de interesse público desenvolvida pelo Estado-juiz, nosso sistema também estabeleceu regras para a proteção do credor exequente que ampliam a responsabilidade patrimonial de duas maneiras: (i) determinando a extensão da responsabilidade pessoal a determinadas pessoas que não são partes na execução; e (ii) fazendo persistir a vinculação de certos bens que eram de propriedade do executado e foram transferidos a terceiros.

Trata-se da responsabilidade patrimonial secundária, que também se manifesta nos dois aspectos acima apontados, pessoal e real. A definição de responsabilidade patrimonial secundária de LIEBMAN foi acatada pela parcela majoritária da doutrina brasileira³⁰: “embora obrigação e responsabilidade normalmente coincidam no sentido que o próprio devedor condenado é que responde com seus bens para satisfazer coativamente ao credor, casos há em que, pelas relações existentes entre as partes e outras pessoas, estas respondem com seus bens para aquela finalidade”³¹. Existe, todavia, uma corrente doutrinária, liderada por ARAKEN DE ASSIS, contrária ao

²⁸ CAIS, Frederico F. S., *Fraude de execução*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 13.

²⁹ PACHECO, José da Silva, *Tratado das execuções*, 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1975, p 468.

³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo de execução*, op. cit., p. 194.

³¹ *Processo de execução*, op. cit., p. 95.

pensamento de LIEBMAN, considerando quem este último define como responsável secundário como verdadeira parte do processo de execução (e não como terceiro)³².

Deixando de lado a discussão teórica a respeito da caracterização da responsabilidade patrimonial como primária ou secundária, acreditamos que o pensamento da corrente majoritária, com o qual concordamos, é muito útil para explicar e compreender a problemática ora analisada.

Passando a cuidar do tratamento legislativo da responsabilidade patrimonial, observamos que, na tentativa de sistematizar a matéria, que se encontra regulada em dispositivos esparsos no diploma processual e em leis extravagantes (inclusive leis materiais, como já visto acima), o Código de Processo Civil dedicou o capítulo IV, do título I de seu livro II para tratar do assunto (artigos 591 a 597). O primeiro artigo a tratar do tema define a regra geral da responsabilidade pessoal acima descrita, estabelecendo que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros”³³. Na sequência, os artigos 592 e 593 dão os contornos gerais dos limites da responsabilidade patrimonial, tratando este último justamente da fraude à execução, que será analisada na sequência.

O artigo 592 reúne as principais modalidades de responsabilidade patrimonial secundária (à exceção de seu inciso III, que trata na verdade de responsabilidade primária³⁴) ao tratar da responsabilidade do sucessor a título singular, do sócio, do cônjuge e, finalmente, daqueles que adquirem bens em fraude à execução³⁵.

Não cabe aqui analisar pormenorizadamente a extensão de cada modalidade de responsabilidade patrimonial secundária. Para conhecimento de nosso

³² “A falseta repousa na consequência de declarar esses responsáveis ‘terceiros’ relativamente ao processo executivo. O conceito de parte não autoriza semelhante conclusão (...) de toda sorte, a própria noção de responsabilidade não induz tal duplicidade incompreensível de papéis. Na verdade, o obrigado e o responsável são partes passivas na demanda executória porque executados, sem embargo do fato de que, à luz da relação obrigacional, o primeiro assumiu a dívida (e, por isso, também é ‘responsável’) e o outro, não” (ASSIS, Araken de, *Manual do processo de execução*, 16ª ed., São Paulo, RT, 2013, p. 236).

³³ O princípio geral da responsabilidade pessoal é também expresso no Código Civil, em seu artigo 957, que estabelece: “não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum”.

³⁴ Concordamos com FREDERICO F. S. CAIS quando estabelece: “Extraí-se do referido inciso que o fato de o bem do devedor estar em poder de terceiro não impede que a execução recaia sobre ele. Nesse caso, o terceiro não se envolverá na relação jurídica existente no processo de execução, a não ser por via reflexa” (*Fraude...*, op. cit., p. 25).

³⁵ De modo muito semelhante era disciplinada a fraude à execução no artigo 895 do Código de Processo Civil de 1939. Sobre um panorama histórico acerca do tratamento legislativo da matéria no direito

objeto de análise, é importante, apenas, situar a fraude à execução (e mesmo a fraude contra credores) no âmbito da responsabilidade patrimonial secundária, na modalidade real, pois consequência direta da fraude à execução é a ineficácia da transferência do bem para o terceiro adquirente e a continuidade de sua vinculação ao processo de execução.

O terceiro adquirente passa, assim, a ser responsável patrimonial secundário real, pois o bem adquirido responderá integralmente pelo débito executado, nos termos e condições abaixo analisadas.

3 AS FRAUDES CONTRA O DIREITO DE CRÉDITO

3.1 CONCEITO DE FRAUDE: INTRODUÇÃO AO TEMA

O vocábulo fraude tem origem etimológica no termo latino *fraus* ou *fraudis*, e, em sua definição gramatical significa “qualquer ato ardiso, enganoso, de má-fé, com o intuito de lesar ou ludibriar outrem, ou de não cumprir determinado dever”³⁶.

A definição gramatical não se afasta do conceito de fraude para a ciência jurídica – ao contrário, o corrobora. Juridicamente, o vocábulo também é colocado numa posição antagônica à boa-fé, e definido como “o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever”, “ato, onde se evidencia a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais”³⁷. A fraude, em geral, remete a “uma maquinação ou subterfúgio insidioso tendente a obtenção de um proveito ilícito”³⁸.

O homem, desde tempos imemoriais, utiliza-se de meios escusos na defesa de seus interesses em detrimento do interesse de terceiros ou da coletividade. A

brasileiro consultar OLIVEIRA, José Sebastião de, *Fraude à execução*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 47 e ss.

³⁶ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles, *Dicionário Houaiss Da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p.1388.

³⁷ SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 718.

³⁸ COUTURE, Eduardo J., *Vocabulário jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 295.

fraude nasce juntamente com a lei, pois desde que esta passou a existir a natureza humana levou à busca de meios para frustrá-la. Daí o brocardo italiano *fatta la legge trovato l'inganno*.

Contudo, se numa acepção mais genérica o vocábulo fraude pode designar toda atuação contrária à boa-fé, “artifício malicioso para prejudicar terceiro”³⁹, em um sentido mais estrito é importante ter em mente as particulares modalidades em que a fraude se manifesta no mundo jurídico e diferenciá-la de outras figuras muito próximas que também trazem em seu âmago a violação da boa-fé. Embora a doutrina tenha tentado criar uma teoria geral da fraude, calcada no princípio geral de direito *fraus omnia corrumpit*⁴⁰, segundo o qual todo o ato fraudulento deve ser extirpado do mundo jurídico, a dificuldade de consenso acerca de um conceito genérico de fraude – que até hoje não possui tratamento adequado em nosso sistema jurídico⁴¹ – faz necessário diferenciar a fraude de situações próximas, exercício realizado por todos aqueles que se propõem a falar do tema.

Dentre as situações próximas da fraude, possuem maior relevo e merecem ser mencionados o dolo e a simulação, justamente por serem as situações que mais se aproximam da fraude em sentido estrito.

O dolo, de acordo com ressonante entendimento doutrinário, representa a manobra maliciosa de induzir alguém a erro para que emita declaração de vontade em prejuízo próprio e em benefício do autor da manobra dolosa ou de terceiros, “é a

³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis, *Teoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1908, p. 296.

⁴⁰ Tentou esboçar uma teoria geral da fraude, com fundamento em tal princípio VIDAL, José, *Essai d'une Théorie Générale de la Fraude en Droit Français*, Paris, Dalloz, 1957.

⁴¹ A par do tratamento conferido à fraude contra credores e fraude à execução – modalidades específicas de fraude – o nosso Código Civil trata da fraude numa acepção mais genérica no inciso VI do artigo 166, estabelecendo ser nulo o negócio jurídico quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”, tratamento severamente criticado por MARCOS BERNARDES DE MELLO, que atribui o regramento civil equivocado ao desconhecimento do Legislador: “Se tivermos como premissa que o ato em fraude da lei constitui em verdade, um modo de infração às normas jurídicas, temos de concluir que, de lege ferenda, a sanção a ele aplicável deve ser a mesma cabível para o caso de violação direta. Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos e nada mais lógico do que, em se considerando dois atos contrários à mesma norma jurídica, sendo um direto, claro, sem artimanhas inteligentes, e o outro indireto, embuçado, cercado de artifícios, se pudesse aplicar-lhes penalidades diferentes (...) No entanto, o Legislador Civil de 2002, adotando posição que demonstra desconhecimento do instituto, definiu a fraude à lei como causa de nulidade. Essa atitude gera inconvenientes e a possibilidade de soluções diferentes para situações iguais” (*Teoria do fato jurídico, Plano da Validade*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009).

provocação intencional de um erro”⁴², trata-se de “uma conhecida distorção da realidade ou ocultamento de fato para induzir outro a agir em seu próprio detrimento”⁴³.

Tal como a fraude, é ato contrário à boa-fé, todavia difere desta na medida em que possui como elemento central uma declaração de vontade viciada, impregnada de erro. No dolo, o autor do ato doloso age diretamente sobre a vítima para obter declaração desta que lhe beneficie, ao contrário na fraude, em que a vítima não toma parte no ato fraudulento, é estranha a ele, mas sofre diretamente seus efeitos.

O dolo é capitulado como vício do negócio jurídico (artigo 145 e seguintes do Código Civil) – vício de consentimento, já que envolve a manifestação de vontade com erro – e a sanção imposta é a *anulabilidade* do negócio viciado. Qualquer interessado pode pleitear a sua anulação dentro do prazo decadencial de quatro anos previsto no artigo 178 do Código Civil.

Já na simulação, existe a prática de determinado ato quando na verdade os agentes pretendem consequência diversa daquela que decorre normalmente do ato formalmente praticado. No ato simulado, o que se declara está conscientemente em descompasso com o que realmente se quer⁴⁴. Assim, o negócio simulado é fictício, aparente e vazio de conteúdo real (ou com conteúdo diverso daquele formal, simulado)⁴⁵.

A simulação pode ser relativa ou absoluta, nocente ou inocente.

É *relativa* quando o ato ostensivo efetivamente praticado busca na verdade efeito diverso, que seria característico de outro ato jurídico (especificamente, do ato jurídico dissimulado). É *absoluta* quando aquele que pratica o ato simulado na realidade não quer praticar ato algum, mas apenas fazer crer que praticou o ato

⁴² GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 369.

⁴³ GARNER, Bryan A., e CAMPBELL, Henry Black, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Thomson, 2004, p. 685 – trad. livre. Eis a precisa definição do conceito de dolo para nosso sistema jurídico, utilizada, contudo, para definir o conceito de fraude no sistema jurídico norte-americano. A confusão entre as duas figuras em sistemas jurídicos distintos apenas reforça a proximidade entre elas e demonstra a dificuldade de uma definição precisa do conceito de fraude.

⁴⁴ LIMA, Alvino, *A fraude no direito civil*, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 28-31.

⁴⁵ CAHALI, Yussef Said, *Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2002, p. 56.

fraudulento, sem buscar aquele resultado que seria próprio de outro ato, como no caso da simulação relativa⁴⁶.

Tradicionalmente, diz-se *maliciosa* (ou *nocente*) a simulação praticada com a intenção de causar prejuízos a terceiros ou violar a lei. Ao contrário, o ato praticado com simulação *inocente* não pretende gerar tais efeitos danosos⁴⁷.

A simulação – que no sistema vigente no Código Civil de 1916 acarretava a *anulabilidade* do negócio simulado (artigo 102 deste diploma legal), desde que se tratasse de simulação *nocente*⁴⁸ (artigo 103 do mesmo diploma legal) – é sancionada com a *nulidade* do ato simulado, nos termos do artigo 167 do Código Civil atual, sendo controvertida a necessidade de verificar o propósito malicioso e o dano causado a terceiros para ser declarada a nulidade do ato simulado.

Parcela da doutrina defende que, de acordo com a sistemática do atual Código Civil, seria irrelevante perquirir se a simulação é *nocente* ou *inocente*, já que ambas seriam impregnadas de nulidade⁴⁹. Contudo, filiamo-nos à parcela da doutrina que, numa interpretação sistemática do artigo 167 do Código Civil, entende que a distinção entre simulação *nocente* e *inocente* permanece crucial para definir a consequência jurídica do ato simulado, principalmente diante da possibilidade de

⁴⁶ “A simulação é absoluta quando não se quis outro ato jurídico nem aquele que se simula. Relativa quando não se quis outro ato jurídico nem dissimular, ou simplesmente dissimulando-se outro ato jurídico. *Quae non sunt, simulo, quae sunt, ea dissimulantur*. Mostra-se o não ser; e esconde-se o ser” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado*, tomo IV, atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo, /RT, 2012, p. 501).

⁴⁷ Tradicionalmente a *nocência* ou *inocência* da simulação é ligada à intenção do agente, ao elemento subjetivo: “Encarada de um outro ângulo, ou seja, em razão da boa ou da má-fé do agente (ou dos agentes), pode haver simulação *inocente* ou simulação *maliciosa*. Na primeira, faz-se uma declaração que não traz prejuízo a quem quer que seja, e, por isto mesmo, é chamada *inocente* e tolerada pelo direito (...). Na segunda, há intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei, e, como expressão da malícia ou da má-fé do agente, inquina o ato negocial” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, 24ª ed., atual. Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 637 e 638). Contudo, ainda que não haja má-fé, ou intencionalidade de causar prejuízo, pode-se dizer que a simulação será *nocente* ou *maliciosa* quando efetivamente acarretar danos a terceiros (Cfr. MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria...*, op. cit., p. 128).

⁴⁸ “O Código não considera defeito a simulação *inocente*; portanto deve subsistir o acto, apesar della” (BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Beviláqua*, 3ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, 1927, Livraria Francisco Alves, p. 344).

⁴⁹ Cfr. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf, *Efeitos do negócio jurídico nulo*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 49. No mesmo sentido, o Enunciado nº 152 que restou definido na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 167: Toda simulação, inclusive a *inocente*, é invalidante”.

*extraversão*⁵⁰ do ato jurídico dissimulado (ou seja, do reconhecimento de sua validade) conferida pelo *caput* do mencionado artigo 167⁵¹.

Por fim, cumpre observar que existe uma faixa cinzenta de situações em que nem sempre é clara a caracterização da simulação ou da fraude à lei (uma das modalidades de fraude apontadas abaixo), já que são situações muito próximas em que está presente a intenção de praticar um ato com propósito diverso do declarado, no caso de simulação, ou com propósito de fraudar lei imperativa, no caso de fraude à lei (ou seja, em ambas o ato praticado é maculado de *vício social*).

A doutrina chega a falar na prática de fraude à lei através de ato simulado, desenhando a figura doutrinária da simulação fraudulenta. Tal constatação, aliás, fundamenta a crítica de YARSHELL a respeito da diferenciação científica entre a fraude e a simulação⁵², já que frequentemente a simulação é utilizada como instrumento para prática do ato fraudulento⁵³.

O reconhecimento da possibilidade de realizar fraude através da simulação faz surgir interessante discussão a respeito da demanda adequada para a desconstituição do ato praticado (se ação declaratória de nulidade ou pauliana), prevalecendo, na dúvida, a fungibilidade entre estas, conforme esclarece CAHALI, ao

⁵⁰ A *extraversão* difere da *conversão* do ato jurídico. Nesta toma-se o ato jurídico para que seja aproveitado a outro fim para o qual seria válido, enquanto naquela o ato dissimulado é tomado para o seu fim verdadeiro, desprezando-se o ato simulado (aparente) (Cfr. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado...*, op. cit., p. 532-534).

⁵¹ Reza o caput do artigo 167 do Código Civil ser “nulo o negócio jurídico simulado”, todavia, ressalva que “subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”. A interpretação desse dispositivo leva a doutrina a concluir que apenas a simulação nocente ou maliciosa pode ser invalidada (nesse sentido, DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 194, e MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria...*, op. cit., p. 137). Resultado equivalente é trazido pela interpretação fixada na mesma III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que concilia a nulidade do ato inocente simulado com a possibilidade de *extraversão* ao reconhecer que este último permanece sendo nulo, considerando-se válido apenas o ato dissimulado. Eis o teor do Enunciado nº 153: “Art. 167: Na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízos a terceiros”.

⁵² Defende o autor que as “diferenças apresentadas pela doutrina nem sempre convencem porque ainda que distintos os fenômenos, a simulação acaba frequentemente figurando como instrumento para a fraude” (YARSHELL, Flávio Luiz, *Simulação e processo de execução*, Processo de Execução e assuntos afins, coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, São Paulo, RT, 1998, p. 230).

⁵³ Mesmo MARCOS BERNARDES DE MELLO, que faz uma análise metódica sobre a diferença entre fraude à lei e simulação, estabelecendo que as duas figuras jamais se confundem – e se o fazem é por conta de confusão da doutrina e da jurisprudência (op. cit., p. 105) – reconhece que o esforço na diferenciação perdeu importância com o advento do novo Código Civil, já que a consequência do ato simulado (antes anulável) passou a ser a mesma do ato praticado em fraude à lei, qual seja, a nulidade: “a distinção entre as figuras se tornou, no campo das invalidades, da mais relevante importância, considerando-se que as consequências decorrentes de cada uma delas eram absolutamente distintas: anulabilidade, na simulação,

defender entendimento jurisprudencial formado à época da vigência do Código Civil de 1916⁵⁴.

Feitos os esclarecimentos pertinentes sobre as situações próximas, passamos a tratar da fraude propriamente dita.

Numa acepção mais restrita, a fraude se manifesta em três modalidades tradicionalmente apontadas pela doutrina – *fraude à lei*, *fraude contra a transferência de direitos* em sentido amplo e *fraude pauliana*, analisadas na sequência – sendo certo que em todas elas sempre estará presente a atuação contrária à *boa-fé* e ao *espírito da lei* (e não necessariamente ao texto legal ou à regra jurídica propriamente dita).

Ao contrário do dolo, o ato fraudulento não representa um vício do consentimento. O desígnio fraudulento do agente não buscou induzir outrem a emitir declaração jurídico-negocial eivada de erro, ao contrário, no ato eivado de fraude a declaração do agente corresponde rigorosamente ao seu querer, o *resultado* almejado com o ato é que se mostra *antijurídico*⁵⁵. O ato fraudulento é, portanto, assim como a simulação, um *vício social*. O ato fraudulento busca sempre a violação indireta de algum preceito legal através da prática de outro ato, ou de uma cadeia de atos, que seriam a princípio lícitos em si, não fosse o propósito de fraudar alguma outra norma jurídica imperativa⁵⁶.

Apesar de todo ato fraudulento voltar-se contra preceito legal imperativo (seja qual for a modalidade de fraude discutida), é importante diferenciar as diferentes maneiras em que a fraude se manifesta, uma vez que as consequências jurídicas são

e nulidade, na infração indireta à lei. Hoje esse aspecto tornou-se irrelevante, tendo em conta que ambas implicam a nulidade do negócio jurídico” (*Teoria...*, op. cit., p. 104).

⁵⁴ “atento à parêmia *iura novit curia*, e tendo em vista que sutilezas processuais não devem ser utilizadas para referendar procedimentos ilícitos, a jurisprudência tem admitido que, ‘provada a simulação do ato jurídico e demonstrado o seu prejuízo para terceiro, certa é a decisão que acolhe como simulatória ação proposta como revocatória’; do mesmo modo que, inadmitida a ação revocatória ou pauliana, ‘há possibilidade, em princípio, do exame da questão, sob o prisma da simulação (art. 105 do CC)’” (CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 66).

⁵⁵ Na elucidativa definição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o vício social se caracteriza com o *resultado antijurídico da emissão volitiva*: “é um defeito que não se caracteriza como falha no consentimento. Este se conserva sem distúrbios de ordem interna ou externa, formulando-se a declaração de vontade em consonância com o desígnio do agente. Onde, então, há o elemento que a categoriza como defeito do negócio jurídico é na desconformidade que se apresenta entre a declaração de vontade e a ordem jurídica, ou, mais precisamente, no resultado antijurídico da emissão volitiva” (*Instituições...*, op. cit., p. 448 – g.n.).

⁵⁶ “o in fraudem legis agere requer o uso de procedimentos jurídicos que permitam alcançar o fim proibido, aparentando, no entanto, concordância com a lei” (MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria...*, op. cit., p. 99).

igualmente diversas para cada uma delas. A divisão da fraude em modalidades distintas é de especial relevo para situar o fenômeno ora estudado, a fraude à execução.

Na tarefa de apontar as diversas modalidades de fraude, a doutrina tradicional reconhece que esta pode se manifestar em dois grandes grupos, de acordo com o interesse que estaria sendo prejudicado pelo agir malicioso: na *fraude à lei* o ato fraudulento volta-se contra o sistema jurídico como um todo (podendo ou não resultar em prejuízo a direito subjetivo particular), enquanto na *fraude contra terceiros em geral* o ato fraudulento frustra regra imperativa que estaria protegendo direito subjetivo ou a posição jurídica de alguma pessoa em especial (além da frustração do sistema jurídico seria atingido diretamente o interesse de alguém).

Neste segundo grupo de atos fraudulentos, a doutrina ainda faz a distinção entre a *fraude contra a transferência de direitos*⁵⁷ em sentido amplo e a fraude praticada especificamente contra o direito de crédito, a chamada *fraude pauliana* – objeto de preocupação do presente estudo. Estas são, portanto, as três modalidades de fraude tradicionalmente apontadas pela doutrina: *fraude à lei*, *fraude contra a transferência de direitos* em sentido amplo e *fraude pauliana*.

A fraude à lei é capitulada genericamente no inciso VI do artigo 166 do Código Civil, que estabelece ser nulo o negócio jurídico quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. Para explicar o conceito de *fraude à lei* os autores costumam diferenciar os atos *ex contra legem agere* daqueles *in fraudem legis agere*. Naqueles primeiros o agente atua ostensivamente de maneira contrária à conduta prescrita em lei, ao passo que nestes últimos os agentes atuam de maneira aparentemente lícita, mas acabam frustrando a aplicação da lei, “procurando atingir, por via indireta, o mesmo resultado material contido num preceito legal proibitivo”⁵⁸.

Sendo assim, é praticado em fraude à lei todo ato unilateral ou bilateral que pretende de forma indireta frustrar a aplicação da lei. E, por forma indireta deve-se entender a utilização de meio lícito em si mesmo, mas que busca como resultado atingir finalidades ilícitas. A doutrina divide-se acerca da necessidade da presença do elemento intelectual volitivo – intenção de fraudar, *in fraudem legis agere* – para a existência de

⁵⁷ Expressão elucidativa utilizada por ALMADA, Ney de Mello, Enciclopédia Saraiva do Direito, coord. R. Limongi França, São Paulo Saraiva, 1977, p.293.

⁵⁸ LIMA, Alvino, *A fraude no direito civil*, op. cit., p. 20- 33.

fraude à lei: a teoria objetiva lança mão de tal elemento, enquanto a escola subjetiva o tem como indispensável para a configuração da fraude à lei. MARCOS BERNARDES DE MELLO, que dispensa o elemento subjetivo para a configuração da fraude, chegou a professar que “seria recomendável o emprego, apenas, da expressão *infração indireta à norma jurídica*, reservando-se a locução *fraude à lei* para designar não a infração indireta propriamente dita, mas apenas a conduta intencional de violar indiretamente a lei, o *in fraudem legis agere*, que, é preciso ressaltar, não constitui elemento caracterizador da infração indireta”⁵⁹.

Em se tratando de fraude à lei, não há que se perquirir a existência de dano para a sua verificação. Seria tecnicamente incorreto falar de dano – *eventus damni* – quando se trata de fraude à lei, já que neste caso o que se tutela é a integridade da ordem jurídica como um todo, não se podendo falar de dano em sentido próprio, isto é, lesão a direito de outrem⁶⁰. Sendo assim, os atos em fraude à lei podem não produzir prejuízo algum, enquanto os atos em fraude contra credores em sentido amplo sempre acarretam prejuízo aos credores, atingindo diretamente direitos subjetivados destes⁶¹.

Na *fraude contra a transferência de direitos* em sentido genérico, o agir fraudulento busca impedir a aplicação de norma jurídica num âmbito mais limitado. A norma imperativa que se pretende burlar nessa espécie de fraude está a proteger direito subjetivo de terceiro. Assim, por exemplo, quando um vendedor aliena e transfere imóvel que já havia alienado anteriormente está a fraudar direito subjetivo do primeiro adquirente de obter a propriedade do imóvel negociado. A fraude tem, portanto, lugar sempre que o agente pratica ato que frustra a aplicação de norma que protege qualquer direito subjetivo de terceiro que deveria respeitar.

⁵⁹ *Teoria...*, op. cit., p. 98. No mesmo sentido, PEREIRA, Regis Velasco Fichtner, *A fraude à lei*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo, 2002, p. 174.

⁶⁰ CARRARO, Luigi, apud. LIMA, Alvino, *A fraude...*, op. cit., p. 285.

⁶¹ Nesse sentido, são elucidativos os esclarecimentos feitos por MARCOS BERNARDES DE MELLO acerca da diferença entre fraude à lei e fraude contra credores: “Na *fraude contra credores* há atos de alienação graciosa cuja finalidade é levar o fraudador a uma situação de insolvência que o impede de cumprir suas obrigações creditícias. Há uma lesão a direito de crédito do credor, que pode ser intencional, porém não necessariamente. Trata-se, portanto, de lesão a direito subjetivado, o direito do credor de receber o seu crédito, o que a relativiza, uma vez que se efetiva *dentro* de uma relação jurídica de crédito. A fraude à lei, afora a questão da intencionalidade, é infração à norma jurídica e não a direitos subjetivados. Se direitos subjetivados foram violados, isto em nada modifica a figura da fraude à lei, por se tratar de questão que lhe é estranha” (*Teoria...*, op. cit., p. 104).

Do mesmo modo, na modalidade de fraude que a doutrina tradicional denomina de *fraude pauliana* – que chamaremos de *fraude contra o direito de crédito*⁶², por um maior rigor terminológico⁶³ – também se está diante de ato que burla direito subjetivo de terceiro; contudo, nesta modalidade de fraude, a norma imperativa violada é aquela que determina a vinculação do patrimônio do devedor à satisfação de sua dívida. Nesse sentido, os atos cometidos em fraude pauliana atentam diretamente contra as normas que definem a responsabilidade patrimonial do devedor. Quando o devedor aliena bens em fraude pauliana, frustra a aplicação da norma que vincula este patrimônio à satisfação das dívidas de seu titular, em prejuízo aos credores que ficam impossibilitados de executar – no âmbito da execução civil acima tratada – o bem alienado do patrimônio do devedor para satisfazer o débito.

Colocado o tratamento da fraude e das formas pelas quais esta se manifesta no mundo jurídico, passaremos a tratar mais detidamente da espécie de fraude que interessa a este estudo, a *fraude contra o direito de crédito*, que se desdobra, de acordo com o momento em que praticada, em duas modalidades, a fraude contra credores – a *fraude pauliana* em sentido estrito, que se dá quando o de alienação fraudulenta é praticado quando inexistente demanda judicial em curso para cobrança *lato sensu* da dívida – e a fraude à execução – que tem lugar quando a alienação fraudulenta é praticada no curso de demanda de conhecimento ou de execução contra o alienante⁶⁴. A cada uma das modalidades de fraude será dedicado um capítulo específico para tratar de suas peculiaridades.

⁶² Com um maior rigor terminológico, DINAMARCO, com acerto, utiliza a expressão mais abrangente *fraudes do devedor* para abarcar a fraude à execução, a fraude contra credores e a disposição de bens já constritos judicialmente (*Instituições de direito processual civil*, vol. 4, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 422).

⁶³ Por ora, utilizaremos a expressão *fraude contra o direito de crédito* apenas para melhor expor nosso raciocínio, por acreditarmos que a inclusão topológica da fraude à execução dentro de um conceito mais largo da fraude contra o direito de crédito é útil para melhor compreensão dos fenômenos ora analisados. Todavia, fazemos desde logo a ressalva de que a *fraude pauliana* designa com precisão apenas a *fraude contra credores* (razão pela qual utilizaremos as duas expressões como sinônimos). Isso porque a fraude à execução nem sempre é dirigida a frustrar o direito de crédito propriamente dito, como veremos oportunamente.

⁶⁴ Embora, por ora, o enquadramento da fraude à execução como modalidade de fraude contra o direito de crédito seja útil do ponto de vista didático, deve ser feita a ressalva de que a fraude à execução nem sempre atenta contra o direito de crédito propriamente dito, como teremos a oportunidade de analisar em capítulo próprio.

3.2 A FRAUDE CONTRA CREDITORES NO DIREITO BRASILEIRO

Não existe consenso doutrinário a respeito do conceito de fraude contra credores: a doutrina se divide a respeito de sua definição e de seus elementos caracterizadores, bem como – e principalmente – em relação à consequência jurídica que esta modalidade de fraude deve acarretar (discussão que se trava em torno dos efeitos da demanda própria para reconhecimento da fraude contra credores, em se tratando de dívidas civis⁶⁵, como veremos abaixo).

O tema é da maior relevância científica, e merece ser estudado com afinco justamente pela inexistência de consenso, que gera enorme insegurança jurídica no trato da matéria. O tema também é de extrema relevância prática, já que pretende assegurar a boa-fé e, mais importante, preservar o princípio da responsabilidade patrimonial, tão caro ao direito das obrigações.

No presente estudo, importante abordar o tema – tal como a maior parte daqueles que trataram da fraude à execução⁶⁶ – para diferenciar a fraude contra credores da fraude à execução, já que ontologicamente as situações são em muitos aspectos semelhantes, embora recebam tratamentos diversos e se distanciem em algumas hipóteses específicas.

Feitas tais considerações, passemos a tratar propriamente da fraude contra credores, que é topologicamente capitulada no Código Civil como *vício* do negócio jurídico, sendo prevista nos artigos 158 a 165, dentro do capítulo IV, título I, livro III, que trata dos defeitos do negócio jurídico.

⁶⁵ A existência de fraude contra credores também pode se dar quando já instaurado o juízo falencial ou o concurso universal de credores, no caso da insolvência civil. Os aspectos especiais relacionados às fraudes contra credores praticadas em tal contexto serão mencionados *an passant*, já que fogem ao objeto de interesse do presente estudo.

⁶⁶ São obras cujos autores assim procederam em seus ensaios monográficos a respeito da fraude à execução, com mais ou menos profundidade: OLIVEIRA, José Sebastião de, *Fraude à execução*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988; CAIS, Frederico F. S., *Fraude de execução*, São Paulo, Saraiva, 2005; SALAMACHA, José Eli, *Fraude à Execução: direitos do credor e do adquirente de boa-fé*, São Paulo, RT, 2005; e WELTER, Belmiro Pedro, *Fraude de Execução*, 4ª ed., Porto Alegre, Síntese, 1999.

3.2.1 Elementos objetivos da fraude contra credores

Já na definição da fraude contra credores a doutrina se divide, pois cada autor define a fraude de acordo com os elementos constitutivos que entende necessários para a caracterização do fenômeno. Por ora, ficamos com a definição de SILVIO RODRIGUES, que aponta a ocorrência da fraude contra credores – também chamada de fraude pauliana ou fraude civil em sentido estrito⁶⁷ – quando “o devedor insolvente, ou na iminência de tornar-se tal, pratica atos suscetíveis de diminuir seu patrimônio, reduzindo, desse modo, a garantia que este representa para resgate de suas dívidas”⁶⁸.

Tal definição ressalta o elemento objetivo da fraude (*eventus damni*) e, de forma mais completa é repetida por MARCOS BERNARDES DE MELLO: “Constitui fraude contra credores todo ato de disposição e oneração de bens, créditos e direitos, a título gratuito ou oneroso, praticado por devedor insolvente, ou por ele tornado insolvente, que acarrete redução de seu patrimônio, em prejuízo de credor preexistente”⁶⁹.

Importante notar que o ato fraudulento não é necessariamente uma alienação de bem ou de direito: a fraude pode ser ultimada por qualquer ato suscetível de diminuir o patrimônio do devedor em detrimento dos credores. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO enumera exemplificativamente as hipóteses descritas na Seção VI do nosso Código Civil: “a) negócios de transmissão gratuita de bens; b) negócios de remissão de dívida; c) contratos onerosos; d) pagamento antecipado de dívidas; e) outorga de direitos preferenciais”⁷⁰.

Não há dúvida, entretanto, que a alienação de bens é o meio mais comum pelo qual se perpetua a fraude. Aliás, a modalidade mais comum de fraude é viabilizada pela alienação de imóveis, embora não seja diretamente da alienação o resultado da insolvência do devedor. Como aponta JORGE AMERICANO, “a alienação é o meio de converter os bens imóveis ou móveis de difícil ocultação, em moeda corrente,

⁶⁷ Denominação utilizada por FRANÇA, R. Limongi, *Manual de direito civil*, 1º vol., 4ª ed., São Paulo, RT, 1980, p. 306.

⁶⁸ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, Parte Geral, 34ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 228.

⁶⁹ *Teoria...*, op. cit., p. 205.

⁷⁰ *Curso de direito civil*, vol. 1, 42ª ed., atual. /Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 274.

facilmente ocultável”⁷¹. Nesse sentido, considera-se a existência da fraude no próprio ato de alienação dos bens imóveis ou móveis de difícil ocultação com o propósito de ocultar a soma pecuniária resultante do ato de disposição patrimonial – embora seja o ato (qualquer que seja) de retirada de tal soma em dinheiro do patrimônio do devedor o causador da efetiva diminuição patrimonial.

Para além da alienação, dentre os atos praticados em detrimento de credores, estaria a renúncia de herança, de doação ou de legado. A doutrina se divide nesse ponto, mas, em que pese opinião em contrário⁷², acreditamos que a razão está com a parcela da doutrina que entende apenas existir possibilidade de fraude contra credores na hipótese de renúncia à herança, pois apenas nesta haveria efetiva diminuição patrimonial em prejuízo dos credores⁷³. Com efeito, pelo princípio da *saisine*, o patrimônio do *de cuius*, por ficção legal, é transferido aos seus herdeiros no momento de seu falecimento, de modo que ao renunciar à herança o devedor estaria efetivamente diminuindo seu patrimônio⁷⁴. De modo diverso, o devedor não estaria diminuindo seu patrimônio ao declinar o recebimento de uma doação⁷⁵ ou de um legado.

Ademais, como ensina a doutrina, há forte caráter moral na aceitação de doação e de legado, havendo inclusive princípio jurídico segundo o qual ninguém deve aceitar benefício contra a própria vontade (*invito beneficium non datur*⁷⁶). A vontade do

⁷¹ *Da acção pauliana*, 2ª ed., São Paulo, Livraria Acadêmica, 1932.

⁷² “O legado, constituindo, em regra, um valor patrimonial, que se incorpora ao patrimônio do devedor *ipso jure*, a sua renúncia, por parte do devedor, causa, sem dúvida, um prejuízo ao credor. Mesmo para os que sustentam que o legado só se adquire após a sua aceitação, visto que antes desta só existe um direito ao legado, ainda assim, renunciando o legado, cabe revocatoria da renúncia fraudulenta, porquanto o direito ao legado já constitui um valor patrimonial, com o qual poderá contar o credor, se necessário, para satisfação do seu crédito” (LIMA, Alvino, *A fraude...*, op. cit., p. 169-170).

⁷³ Nesse sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Parte Geral*, vol. 1, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 456, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso...*, op. cit., p. 278 e CARVALHO SANTOS, J.M. de, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964, p. 414.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil...*, op. cit., p. 456. A esse respeito, o autor lembra que o artigo 1.813 do Código permite que os credores aceitem a herança em nome do devedor (idem, p.455). Entendemos, desse modo, que apenas na hipótese de ter sido transcorrido o prazo para aceitação da herança em nome do devedor (o § 1º do mencionado artigo estabelece o prazo de trinta dias para a habilitação dos credores prejudicados) poderia se cogitar em atacar o ato de renúncia à herança por fraude contra credores. Enquanto estiver aberta a possibilidade de aceitação da herança pelo credor prejudicado, lhe faltaria interesse em declarar nulo o ato de renúncia com o manejo da ação pauliana.

⁷⁵ “A recusa de doação não entra na classe dos actos lesivos aos credores, porque não importa em diminuição do patrimônio do devedor. Enquanto não é aceita, a doação não é um título translativo da propriedade, e, antes da tradição ou da transcrição, o bem doado não se considera adquirido, não entrou para o patrimônio do donatário” (BEVILÁQUA, Clóvis, *Código...*, op. cit., p. 349).

⁷⁶ Princípio de que ninguém deve aceitar benefício contra a própria vontade (MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso...*, op. cit., p 456).

próprio legador ou doador é de que o legatário ou donatário se sentisse moralmente satisfeito com o recebimento do legado⁷⁷.

Além de tal controvérsia, parecem não existir maiores discussões doutrinárias a respeito das espécies de atos que podem ser praticados em fraude contra credores, sendo certo que qualquer ato capaz de diminuir fraudulentamente o patrimônio do devedor pode ser impregnado desta modalidade de fraude.

A diminuição patrimonial que prejudica a solvabilidade do devedor, o já mencionado *eventus damni*, sintetiza o único consenso doutrinário que parece existir a respeito dos elementos que compõem a fraude contra credores. Objetivamente, não resta dúvida que para a caracterização da fraude deve haver diminuição patrimonial do devedor em prejuízo ao credor, devendo existir, ainda, *nexo de causalidade* entre o ato fraudulento praticado e o prejuízo sofrido – o ato fraudulento deve ser precisamente aquele responsável pela diminuição patrimonial que levou o devedor à insolvência ou que agravou o estado de insolvência em que já se encontrava o devedor⁷⁸.

Invariavelmente, todos os doutrinadores mencionados no presente capítulo colocam o elemento objetivo *eventus damni* como integrante do conceito de fraude contra credores (o que, aliás, parece bastante evidente e dispensa maiores reflexões). A par do prejuízo, existem outros dois aspectos objetivos da fraude a respeito dos quais parece haver consenso na doutrina: a anterioridade do crédito e a sua qualidade quirográfica.

Em regra, o crédito deve preexistir ao ato fraudulento, e o Código Civil é expresso nesse sentido (artigo 158, §2º, Código Civil⁷⁹). Aqueles que vieram a se tornar

⁷⁷ “Verifica-se o *eventus damni* sempre que o ato for a causa do dano, tendo determinado a insolvência ou agravado” (VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito...*, op. cit., p. 448). No mesmo sentido, doutrina mais antiga: “Entretanto, certo é que só o effectivo empobrecimento do devedor, e não o facto de ter desprezado a oportunidade de enriquecer, autoriza a acção revogatória ou pauliana” (ESPÍNOLA, Eduardo, *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*, vol. I, Bahia, Joaquim Ribeiro & Co., 1918, p. 327). No mesmo sentido, Beviláqua: “Aliás a recusa póde fundar-se em razões muito respeitáveis, de que a lei não póde fazer tabula rasa. Seria violencia injustificável forçar alguém a receber uma liberalidade, que lhe repugna aceitar” (idem nota anterior) e “em regra, deve ser atacado o ato fraudulento que realmente tenha determinado a insolvabilidade do devedor e não os demais atos anteriores” (LIMA, Alvino, *A fraude...*, op. cit., p. 146).

⁷⁸ “Ainda que valiosa, uma alienação dos bens do devedor não será annullavel, se della não provier, mas de factos posteriores, a condição de insolvência” (ESPÍNOLA, Eduardo, *Breves...*, op. cit., p. 327). Exceção feita àquela hipótese definida por JORGE AMERICANO acima tratada.

⁷⁹ Que repete a regra contida no parágrafo único do artigo 106 Código Civil de 1916 e estabelece claramente a necessidade de preexistência do crédito, nos seguintes termos: “só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles”.

credores posteriormente à alienação de qualquer bem ou à diminuição patrimonial verificada por qualquer meio já constituíram os seus créditos garantidos apenas pelo patrimônio existente do devedor. A doutrina vai além, estabelecendo como verdadeira obrigação daqueles que pretendem celebrar negócio jurídico certificarem-se da situação patrimonial daquele que se tornará seu devedor⁸⁰, já que apenas o patrimônio então existente responderá pelos débitos assumidos.

Entretanto, a despeito de a regra sobre a anterioridade do crédito ser expressa em lei, a doutrina⁸¹ e a jurisprudência⁸² têm excepcionado tal preceito quando verificado que o ato fraudulento intencionava frustrar crédito futuro, ainda não constituído quando ultimada a diminuição patrimonial fraudulenta. Em precedente paradigmático⁸³ proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da ministra Nancy Andrigli, foi definida a possibilidade de relativizar a regra contida no parágrafo único do artigo 106 do Código Civil de 1916 (reproduzida no § 2º do artigo 258 do Código atual) sobre a anterioridade do crédito fraudado quando o ato fraudulento comprovadamente se dirigia à frustração da satisfação de crédito de determinado credor. O caso em testilha era teratológico, tendo sido apurada a prática de atos ordenados finalisticamente dirigidos a frustrar a satisfação de crédito que já se planejava constituir⁸⁴.

Ao julgar o recurso, a Turma Julgadora entendeu ser necessária a relativização do dogma da anterioridade do crédito aos atos fraudulentos “quando for

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito...*, op. cit., p. 447.

⁸¹ CARVALHO SANTOS discorda da possibilidade de reconhecimento de fraude contra credores voltada para frustrar crédito futuro no direito brasileiro, em vista da regra expressa no Código Civil de 1916 (artigo 106) a exigir a anterioridade do crédito (*Código...*, op. cit., p. 421). Entre nós, são autores que reconhecem a possibilidade de relativizar a regra da anterioridade do crédito para permitir o reconhecimento da fraude quando premeditada para lesar credores futuros CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 143-146, e LIMA, Alvino, *A fraude...*, op. cit., p. 135.

⁸² Anota YUSSEF SAID CAHALI: “a jurisprudência mais atualizada, contudo, em antecipação meritória, vem reconhecendo que, embora a anterioridade do crédito, relativamente ao ato de alienação impugnado como fraudulento, seja, via de regra, pressuposto de procedência da ação pauliana, ‘esse pressuposto, no entanto, é afastável quando ocorre a fraude predeterminada para atingir credores futuros’” (*Fraudes...*, op. cit., p. 143).

⁸³ Recurso Especial nº 1.092.134/SP, julgado pela Terceira Turma em 05.08.2010, publicado no DJe de 18.11.2011.

⁸⁴ Tratava-se de caso em que os devedores – dentro de um contexto em que já existiam suspeitas de irregularidades praticadas na administração de uma sociedade por estes administrada – celebraram com a credora instrumentos de confissão de dívida em nome da sociedade, dando como garantia de pagamento notas promissórias por eles mesmo emitidas. Antes, contudo, de celebrar referido instrumento de confissão de dívida e de emitir as notas promissórias, os devedores (pai e filho) trataram de transferir seus bens para outras sociedades que acabaram recebendo bens imóveis da família, em claro propósito de fraudar a satisfação do crédito que já pretendiam reconhecer.

verificada a fraude predeterminada para atingir credores futuros, ou seja, o comportamento malicioso dos recorrentes, no sentido de dilapidarem o seu patrimônio na iminência de contraírem débito frente à requerida”. Tal posicionamento foi justificado sociologicamente na necessidade de realizar uma interpretação teleológica da regra contida no dispositivo legal – que visaria coibir a diminuição patrimonial fraudulenta em detrimento de credores – e de alcançar o objetivo da norma e obter a eficácia social do Direito positivado, que não poderia permanecer alheio às modificações da sociedade e aos inúmeros artifícios utilizados por aqueles que agem de má-fé para obter vantagens ilícitas⁸⁵.

Em que pese a respeitável opinião doutrinária e jurisprudencial – ao lado das razões de ordem sociológica que sempre são um grande incentivo a interpretações *contra legem* – acreditamos que tal linha de raciocínio apenas pode ser atribuída à confusão causada pelo vocábulo fraude em nosso sistema jurídico. Como já exposto no capítulo acima, o vocábulo muitas vezes é tomado em seu sentido genérico, sendo quase tomado por sinônimo de má-fé e criando enorme confusão científica (como no exemplo em discussão).

Se é certo que o direito não pode tolerar e dar eficácia a atos de má-fé, por outro lado concordamos com CARVALHO SANTOS⁸⁶ e VENOSA⁸⁷ quanto à impropriedade de reconhecimento de fraude contra credores realizada através de ato voltado a frustrar crédito futuro. Como ensinam tais juristas, caso a intenção seja efetivamente prejudicar crédito futuro (com a ocultação da alienação anterior), o vício existente no ato não seria a fraude contra credores, mas o dolo – já que houve a indução

⁸⁵ Lê-se no corpo do acórdão: “Não há como negar que a dinâmica da sociedade hodierna, em constante transformação, repercute diretamente no direito e por consequência na vida de todos nós. O intelecto ardiloso, buscando adequar-se a uma sociedade em ebulição, também intenta – como criativo é – inovar nas práticas ilegais e manobras utilizados com o intuito de escusar-se o pagamento ao credor. Um desses expedientes é a diminuição maliciosa do patrimônio, já antevendo, num futuro próximo, o surgimento de dívidas, com vistas a afastar o requisito da anterioridade do crédito, como condição da ação pauliana. E a esse cenário, criado por aqueles que, de má-fé, buscam alternativas para burlar o sistema leal vigente, não pode o Poder Judiciário ficar alheio. A ordem jurídica, como fenômeno cultural, deve sofrer constantemente uma releitura, na busca pela eficácia social do Direito positivado”.

⁸⁶ “Pensam outros, com melhores fundamentos que, nesses casos, ou o credor posterior conhecia o ato fraudulento e não pode impugná-lo, porque não contava com esses bens para a garantia de seu crédito; ou não o conhecia, por ter permanecido oculto, e neste caso pode pedir anulação do ato, por dolo, e a consequente reparação dos prejuízos, sendo, em qualquer hipótese, imprópria a ação pauliana (...) em nosso direito, outra não é a solução, mesmo porque o parágrafo único deste artigo é positivo e categórico a respeito” (*Código...*, op. cit., p. 421-422).

⁸⁷ “Outra hipótese trazida pela doutrina diz respeito à fraude que objetiva o futuro. Ao, o credor posterior conhecia, ou devia conhecer, os atos ditos fraudulentos; não pode, pois, impugná-los. Caso não

maliciosa do credor a erro, por fazer crer neste a expectativa de que o seu crédito estaria garantido por bem ou direito que não mais integrava o patrimônio do devedor.

Sendo assim, a resposta do sistema jurídico para extirpar o ato impregnado de má-fé, na tentativa de frustrar a satisfação de crédito futuro, seria a ação anulatória do ato por dolo⁸⁸, jamais o reconhecimento da existência de fraude contra credores. Defender o contrário equivaleria a estimular comportamento não esperado daqueles que contratam – qual seja, desprezar a investigação a respeito da situação patrimonial daqueles que se tornarão seus devedores antes de com eles celebrarem negócios jurídicos.

Ainda sobre a anterioridade do crédito, vale ressaltar que a verificação da anterioridade deve ser realizada a partir do momento em que o crédito é constituído, pouco importando se este é declarado ou liquidado por um provimento jurisdicional posterior – é o caso, por exemplo, dos créditos decorrentes de indenização por ato ilícito absoluto, que surgem no momento em que o ilícito é praticado e são em regra declarados e liquidados posteriormente⁸⁹.

Um último aspecto a respeito do crédito diz respeito à sua qualidade quirografária. O artigo 158, *caput*, de nosso diploma civil também é expresso ao estabelecer que apenas os credores quirografários podem pleitear a anulação de atos de disposição patrimonial fraudulenta. O parágrafo primeiro deste mesmo artigo complementa que a mesma faculdade de pleitear a anulação é conferida àqueles credores não quirografários quando a garantia prestada se tornar insuficiente. Sendo assim, seria tecnicamente mais adequado afirmar que qualquer espécie de crédito equiparada a crédito quirografário, por ausência de garantia real, pode fazer surgir a pretensão anulatória por fraude contra credores⁹⁰. Tal consequência é bastante lógica, já

conhecesse as manobras, o vício seria outro, dolo ou simulação; nesse caso a ação pauliana seria imprópria” (*Direito...*, op. cit., p. 448).

⁸⁸ Inclusive o dolo de terceiro previsto no artigo 148 do Código Civil, que poderia perfeitamente ser invocado para justificar a anulação do negócio fraudulento levada a cabo pelo acórdão paradigmático acima mencionado, que reconheceu – a nosso ver, de modo equivocado – a possibilidade de anulação de negócio jurídico por fraude contra credores voltada a frustração de dívida futura (já que houve, no exemplo citado, inequívoca intenção de terceiros de induzir o credor em erro).

⁸⁹ “Pode, entretanto, acontecer que o credor só tenha a sua pretensão reconhecida após o ato lesivo, embora o resultado de um ato anterior, e nesse caso é cabível a ação pauliana, porque o julgamento não é que faz nascer o crédito; este era preexistente ao ato lesivo, apenas dependente de reconhecimento” (CARVALHO SANTOS, J.M. de, *Código...*, op. cit., p. 422).

⁹⁰ Nesse sentido, procedem as colocações de MARCOS BERNARDES DE MELLO, quando afirma não ser essencial a qualidade quirografária do crédito fraudado, mencionando os créditos garantidos por garantias

que tal modalidade de fraude atenta sempre contra a garantia genérica dos devedores representada pela universalidade patrimonial dos credores.

3.2.2 A importância e o conteúdo do elemento subjetivo

A configuração da fraude contra credores não ocorre simplesmente com a presença dos elementos objetivos acima listados – diminuição patrimonial capaz de levar o devedor à insolvência. Isso porque é uma faculdade do devedor, decorrente do seu direito de propriedade, dispor livremente de seus bens. “A lei reconhece ao devedor a plena liberdade de contratar e, por conseguinte, de alienar seus bens, com o único limite de não serem as alienações feitas com o conhecimento do prejuízo que se vai causar aos credores por falta de outros bens capazes de garantir-lhes a satisfação de seus direitos. A lei desaprova a alienação feita nestas condições, pois a qualifica de fraudulenta”⁹¹.

A doutrina se divide tanto em relação à necessidade do elemento subjetivo para a verificação da fraude contra credores, quanto sobre seu conteúdo. Contudo, como teremos a oportunidade de demonstrar, a divergência aparece apenas na definição abstrata do conceito, sendo pragmaticamente idênticas as conclusões sobre a influência decisiva do elemento subjetivo na caracterização da fraude pauliana em determinadas hipóteses e a sua prescindibilidade em outras situações, nas quais o direito de crédito lesado sobreleva aquele prejudicado por conta da anulação do ato fraudulento.

De um modo ou de outro, a fraude contra credores é sempre reconhecida, em última análise, com fundamento na repreensão de atos de má-fé (ainda que esta seja

reais, quanto estas são insuficientes, e aqueles créditos decorrentes de indenização por ilícito absoluto (incluídos pelo autor dentre as “outras modalidades de dívidas” mencionadas no trecho seguinte): “também não é essencial que o crédito fraudado seja quirografário. O credor por hipoteca, penhor ou anticrese também poderá considerar-se fraudado se o seu crédito é superior à garantia, ou se a garantia se desfalcou. Pela parte a descoberto de seu crédito, cabe-lhe a pretensão à anulação por fraude (...) Acrescente-se que o credor por outras espécies de dívidas, também cabe a pretensão a anular os atos de disposição que o prejudiquem” (*Teoria...*, op. cit., p. 209).

⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tulio, *Processo de execução*, op. cit., p. 105.

presumida) ou por razões de ordem moral que levam a uma análise equitativa das situações às quais o direito deve dar eficácia⁹².

O conteúdo do elemento subjetivo pode tanto ser representado pelo *consilium fraudis* (propósito de fraudar) quanto pelo *concilium fraudis* (união para fraudar).

Para a parcela majoritária da doutrina (quase unânime) seria necessário o *consilium fraudis* para a caracterização da fraude contra credores – *consilium*, cuja tradução literal significa propósito⁹³ ou intenção⁹⁴ – que consiste, em nosso direito, no conhecimento pelo adquirente⁹⁵ do bem alienado fraudulentamente⁹⁶ do estado de insolvência do devedor gerado pela disposição do bem adquirido⁹⁷, o que também é chamado por PONTES DE MIRANDA de *scientia fraudis*⁹⁸. Concordando com essa posição, ALVINO LIMA⁹⁹ e YUSSEF SAID CAHALI¹⁰⁰ – que defendem a possibilidade de existir fraude contra credores voltada a atingir crédito futuro (doutrina que, como adiantado acima, relativiza o dogma da anterioridade do crédito fraudado) – apenas observam que a especial intenção de prejudicar credor e frustrar a satisfação de crédito futuro apenas integra o conteúdo do *consilium fraudis* nesta específica hipótese de fraude a crédito ainda não constituído.

⁹² Como nos casos em que a própria lei dispensa a ciência da insolvência, diante da gratuidade do ato de disposição patrimonial.

⁹³ MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria...*, op. cit., p. 207.

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado...*, op. cit., p. 568.

⁹⁵ Como visto acima, a fraude contra credores pode ultimar-se com qualquer espécie de ato que implique em diminuição patrimonial do devedor, e não necessariamente através de uma alienação. Entretanto, para a melhor compreensão dos fundamentos apresentados, será doravante realizada uma redução didática para designar os partícipes do ato maculado de fraude pauliana como alienante e adquirente, embora seja cientificamente mais correto e completo designá-los como devedor e beneficiário do ato fraudulento. Observamos a mesma redução didática de conteúdo na doutrina, ao tratar do tema.

⁹⁶ CAIS, Frederico F. S., *Fraude...*, op. cit., p. 72.

⁹⁷ Alinham-se a esta posição ESPÍNOLA, Eduardo, *Breves...*, op. cit., p. 330; MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso...*, op. cit., p. 273; RODRIGUES, Silvio, *Direito...*, op. cit., p. 232; DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 537; GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro*, vol. 1, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 452; VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito...*, op. cit., p. 449; e THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Fraude contra credores, a natureza da sentença pauliana*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 144.

⁹⁸ *Tratado...*, op. cit., p. 571. Tratamos aqui a *scientia fraudis* como sinônimo de *consilium fraudis*. Entretanto, há que diferencie os dois conceitos (Cfr. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, *Fraude de execução*, op. cit., p. 42 – para o autor, a *scientia fraudis* seria traduzida como “notoriedade da insolvência do devedor” ou “existência de motivo para esta ser conhecida do outro contratante” – em contraposição ao *consilium fraudis*, representado pela intenção efetiva do devedor de fraudar o recebimento do crédito).

⁹⁹ “Tratando-se, porém, de crédito posterior ao ato fraudulento, o *consilium fraudis* resulta exclusivamente de dolo específico, pelo qual o devedor prepara e realiza o ato para atingir o seu futuro credor” (*A fraude...*, op. cit., p. 143).

¹⁰⁰ *As fraudes...*, Op. cit., p. 222.

Parcela minoritária, capitaneada por SAN TIAGO DANTAS, entende necessária a presença do *concilium fraudis* para a configuração da fraude contra credores¹⁰¹, que traduz o conluio fraudulento entre o devedor e o adquirente do bem alienado, como elemento indispensável para a configuração da fraude contra credores¹⁰².

Contudo, nos alinhamos à parcela majoritária da doutrina e entendemos que, para a caracterização da fraude contra credores prevista no diploma material civil, é dispensável perquirir sobre a existência do *concilium fraudis*, ou mesmo o *animus nocendi*¹⁰³.

Apenas na modalidade especialíssima de fraude contra credores praticada no âmbito dos atos abrangidos pela lei falencial a demonstração do *concilium fraudis* é exigido, já que o artigo 130 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (lei n. 11.101/2005) é expresso nesse sentido, ao determinar que “são revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida”¹⁰⁴.

O artigo 159 do Código Civil exige apenas o potencial conhecimento do estado de insolvabilidade gerado ou agravado pelo ato de disposição patrimonial fraudulenta, quando esta for notória ou quando houver motivos para que seja conhecida

¹⁰¹ “algumas vezes, não se faz prova da notoriedade geral nem da notoriedade particular ao terceiro adquirente, mas, se lograr-se provar a má-fé, é quanto basta para reduzir ao *concilium fraudis*” (*Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1942-1945, p. 301). Em evidente imprecisão terminológica incorreu CARVALHO SANTOS que em seus comentários utiliza ora a expressão *consilium fraudis*, ora a expressão *concilium fraudis*, sem se atentar para a diferença entre as figuras: “elemento subjetivo da fraude. É o ‘concilium fraudis’ ou seja a má-fé, que se presume algumas vezes, por parte do devedor; vale dizer a intenção do devedor de prejudicar os seus credores” (*Código...*, op. cit., p. 411) e, adiante, “elemento subjetivo da ação pauliana. É o *consilium fraudis*. Pela doutrina do nosso Código, o elemento subjetivo da ação pauliana dispensa a intenção precisa e determinada de prejudicar. A intenção de fraudar é presumida pela consciência da insolvência” (*Código...*, op. cit., p. 417). Por fim, JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA também incorre em imprecisão terminológica ao ligar o *consilium fraudis* à má-fé (quando a expressão mais adequada para designar o que pretendia seria *concilium fraudis*): “na configuração da fraude contra credores concorrem dois elementos: um, de caráter objetivo, que é o *eventus damni* verificável quando do ato resulta insolvência do alienante; e o outro, de consistência subjetiva, que é o *consilium fraudis*, a má fé ou a intenção de prejudicar credores” (*Fraude...*, op. cit., p. 24).

¹⁰² CARMONA também coloca como elemento da fraude pauliana o *concilium fraudis* (*Código de Processo Civil interpretado*, 3ª ed., coord. MARCATO, Antonio Carlos, São Paulo, Atlas, 2008, p. 1950).

¹⁰³ Que seria o estado de espírito impregnado de má-fé, consciência ou intenção de prejudicar credores. Explica HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: “nossa doutrina, porém, é uniforme no sentido da dispensa do propósito deliberado de lesar os credores (*animus nocendi*)” (*Fraude contra credores, a natureza...*, op. cit., p. 144).

pelo beneficiário do ato viciado¹⁰⁵. É justamente essa a posição da doutrina, quando afirma ser suficiente a demonstração do conhecimento ou do potencial conhecimento do estado de insolvência – ou seja, do *consilium fraudis* – sendo dispensável a prova da má-fé, que seria presumida por conta desse conhecimento. Ensina BEVILÁQUA: “para a anulabilidade dos contratos onerosos, não basta a insolvência do devedor; é necessário mais que esse estado seja conhecido da outra parte contratante, por ser notório, ou porque este tenha motivo de o conhecer. Ainda aqui a má fé não aparece como requisito do vício da fraude. Presume-se que haja, induz-se, naturalmente, do fato de conhecer o contratante o estado de insolvência do devedor, porém não tem que ser apreciada”¹⁰⁶.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que a má-fé não é dispensável para a caracterização da fraude contra credores, dispensável é a sua prova, bastando demonstrar o conhecimento do estado de insolvência (ou de seu aprofundamento) – tanto o conhecimento efetivo quando o potencial – para que a má-fé seja presumida e o ato seja considerado fraudulento.

A má-fé é presumida também nos termos dos artigos 163¹⁰⁷ do diploma Civil, que presume fraudulentas as garantias concedidas por um devedor já insolvente a um credor, quando houver multiplicidade de credores – sendo aqui, inclusive, dispensada a demonstração do *consilium fraudis* e a própria existência de prejuízo (*eventus damni*), que também é presumida¹⁰⁸.

Ao contrário, existe presunção de boa-fé em se tratando de negócios ordinários praticados pelo devedor que sejam indispensáveis à sobrevivência sua (ou do estabelecimento mercantil, rural ou industrial) ou de sua família, nos termos do artigo 164¹⁰⁹ do Código Civil – presunção que vale apenas enquanto não instaurado o concurso universal de credores, nos termos do artigo 748 e seguintes do Código de

¹⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria...*, op. cit., p. 207.

¹⁰⁵ “Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante”.

¹⁰⁶ *Código...*, op. cit., p. 362. Em outra oportunidade: “Ainda aqui a má fé não aparece como requisito do vício da fraude. Presume-se que haja, induz-se, naturalmente, do fato de conhecer o contratante o estado de insolvência do devedor, porém não tem de ser apreciada” (*Código...*, op. cit., p. 349).

¹⁰⁷ “Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor”.

¹⁰⁸ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso...*, op. cit., p. 278.

¹⁰⁹ “Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família”.

Processo Civil, uma vez que “declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa”¹¹⁰.

Para além da hipótese tratada no artigo 164 acima mencionado, a má-fé apenas necessitaria ser demonstrada no caso de uma cadeia de alienações, quando o bem retirado do patrimônio do devedor original já se encontra em propriedade de um terceiro que não o adquirente original do bem fraudulentamente alienado. Tal exigência é estampada no artigo 161 do Código Civil¹¹¹. Nesse caso, não basta demonstrar a ciência daquele que adquiriu o bem diretamente do devedor do estado de insolvência deste último – *consilium fraudis* – sendo necessário demonstrar a efetiva má-fé do terceiro que adquiriu o bem alienado anteriormente alienado pelo devedor.

Existe um caso, entretanto, em que a existência da própria má-fé é dispensada como requisito para a configuração da fraude. Trata-se dos casos em que a diminuição patrimonial prejudicial ao(s) devedor(es) decorre de ato de disposição gratuita de bens ou direitos (artigo 158 do Código Civil). Tal situação se justifica pelo sopesamento da gravidade das situações e aplicação da regra geral de direito, mencionada por EDUARDO ESPÍNOLA, segundo a qual “quem *certat de damno vitando* deve ser preferido a quem *certat de lucro captando*” – aquele que pretende evitar prejuízo deve ser preferido àquele que busca obter lucro¹¹². Ensina CAIO MÁRIO que apenas podem dispor gratuitamente de seus bens, diminuindo a garantia que estes representam para os devedores, aqueles que consigam manter íntegra a sua capacidade de solver suas obrigações – vem a lume o brocardo jurídico *nemo liberalis nisi liberatus*¹¹³.

O raciocínio se aplica para qualquer ato de disposição gratuita, e não apenas doações, valendo, por exemplo, para as remissões de dívida (ato que igualmente

¹¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria...*, op. cit., p. 211.

¹¹¹ “Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé”.

¹¹² O autor menciona a regra geral de direito, e reproduz o teor do artigo 14 do Código Civil Português de 1867 (disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1206.pdf>, acesso em 18/03/2014), que explicitamente dita a sua aplicação. Estabelece mencionado artigo: “quem, exercendo o próprio direito, procura interesses, deve, em colisão e na falta de providência especial, ceder a quem pretende evitar prejuízos” (*Breves...*, op. cit., p. 332). No mesmo sentido MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso...*, op. cit., p. 276.

¹¹³ *Instituições...*, op. cit., p. 450.

se origina na liberalidade daquele que, remindo uma dívida de que é credor, torna-se insolvente)¹¹⁴ e para as renúncias à herança¹¹⁵.

Até aqui não há qualquer grande divergência doutrinária. Como já adiantado anteriormente e agora se explica, os autores se dividem apenas na maneira de conceituar em abstrato a fraude contra credores. O conceito aparece na doutrina de duas formas, de acordo com a visão do autor sobre a prescindibilidade ou não do elemento subjetivo.

Para parcela da doutrina, de que são exemplos MARCOS BERNARDES DE MELLO¹¹⁶, PONTES DE MIRANDA¹¹⁷, CAIO MÁRIO¹¹⁸ e BEVILÁQUA¹¹⁹, cientificamente seria correto dizer que a ocorrência da fraude contra credores prescinde da existência do elemento subjetivo, sendo este exigido apenas quando se está diante de um ato de disposição patrimonial oneroso.

Outra parcela da doutrina define a fraude contra credores vinculada à presença do elemento subjetivo, como SILVIO RODRIGUES¹²⁰, CARVALHO SANTOS¹²¹ e CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹²². Todavia, mesmo aqueles que entendem a necessidade do elemento subjetivo para a configuração da fraude, levam em consideração as situações acima descritas em que tal elemento é dispensável (nos casos de disposição patrimonial gratuita), bem como as situações em que o elemento é agravado, com a necessidade de se demonstrar efetiva má-fé (quando há cadeia de alienações) e não simples ciência ou notoriedade do estado de insolvência (regra geral para os atos de disposição patrimonial onerosa).

Embora concordemos com a primeira parcela da doutrina, já que seria mais correto partir de uma definição geral e partir para a especificidade de acordo com os elementos adicionais que forem surgindo, acreditamos que qualquer das duas conceituações que se queira dar ao conceito de fraude contra credores é útil para o propósito de definir os contornos jurídicos do fenômeno. Qualquer enfoque que se

¹¹⁴ RODRIGUES, Silvio, *Direito...*, op. cit., p. 231.

¹¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito...*, op. cit., p. 455.

¹¹⁶ *Teoria...*, Op. cit., p. 207.

¹¹⁷ *Tratado de direito privado*, op.cit., p.569.

¹¹⁸ *Instituições...*, op. cit., p. 450.

¹¹⁹ *Código...*, op. cit., p. 348.

¹²⁰ *Direito...*, Op. cit., p. 229-230.

¹²¹ *Código...*, op. cit., p. 411.

¹²² *Direito...*, op. cit., p. 452.

queira dar à fraude pauliana (definindo-a com ou sem a presença do elemento subjetivo) é suficiente, desde que sejam observadas as hipóteses em que invariavelmente o elemento subjetivo, bem como a profundidade deste (mera ciência ou efetiva demonstração de má-fé), deve ou não se fazer presente para que esteja caracterizada a fraude contra credores – no que a doutrina não possui qualquer dificuldade ou divergência.

Sendo assim, certo é que, em todos os casos de alienação onerosa, demonstrados os dois elementos – *eventus damni* e *consilium fraudis* – resta configurada a fraude contra credores a viciar o ato de disposição patrimonial do devedor prejudicial a seus credores quirografários, que podem então utilizar de remédio processual para restabelecer a vinculação do bem desfalcado do patrimônio do devedor à satisfação da dívida – seja para que este retorne ao patrimônio do devedor, seja para que este, permanecendo em propriedade de outrem, continue vinculado à satisfação da dívida, como veremos abaixo. A presença do elemento subjetivo é dispensada em se tratando de atos de disposição patrimonial gratuita e o conteúdo do elemento subjetivo é agravado quando há cadeia de alienações e terceiro adquirente envolvido.

3.2.3 Consequência dos atos inquinados de fraude contra credores: a ação pauliana

De acordo com MARCOS BERNARDES DE MELLO, nosso sistema jurídico impõe três espécies de sanções¹²³ aos atos praticados em fraude contra credores – *anulabilidade*, *ineficácia relativa* e *revogabilidade*. Esta última sanção seria destinada aos atos fraudulentos previstos no artigo 130 da lei de falências: havendo atos

¹²³ Acatamos a terminologia do autor por concordar com o conceito de sanção como consequência jurídica de um ato repudiado pelo ordenamento: “A nosso ver, o conceito de sanção está relacionado, necessariamente, ao de punição, entendida esta como qualquer consequência positiva ou negativa imposta pelo ordenamento jurídico às pessoas como represália a atos contrários a seus comandos. A forma de punir, o conteúdo da punição, a intensidade do ônus que acarreta não nos parecem ter significado bastante para servir como elemento de sua caracterização. Se constitui um revide do ordenamento à violação de suas normas, é evidente que se trata de uma sanção” (*Teoria...*, op. cit., p. 53). Contudo, deixamos registrada a existência de celeuma doutrinária a respeito da natureza sansanatória ou não de todas as consequências ora tratadas. Na autorizadíssima conclusão de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, por exemplo, das sanções ora mencionadas, apenas a anulabilidade seria uma sanção propriamente dita (*Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)*, 1986, p. 109 e ss.), enquanto a ineficácia relativa seria uma simples “consequência lógica da falta de uma condição de eficácia” (idem, p. 119).

praticados com conluio fraudulento com a intenção de prejudicar credores, e havendo prejuízo para a massa falida, podem tais atos serem revogados¹²⁴.

Estes últimos atos, contudo, estão fora do âmbito de preocupação do presente estudo, por serem praticados após a decretação da falência – quando já não há demanda de conhecimento arbitral, nos termos já explicados acima. Interessa-nos as sanções de *anulabilidade* e *ineficácia relativa*.

Para MARCOS BERNARDES DE MELLO, a sanção de ineficácia relativa estaria adstrita aos atos do falido enumerados no artigo 129 da lei de falências, bem como àquela hipótese de pagamento feito a credor quirografário de dívida comum antes de seu vencimento (artigo 162 do Código Civil)¹²⁵. Para o autor, assim como para parcela majoritária da doutrina civilista, a sanção a ser aplicada a todos os demais atos praticados em fraude contra credores é a anulabilidade.

Na contramão, parcela significativa da doutrina, encabeçada pelos processualistas, e da jurisprudência entende que a sanção para os atos praticados em fraude contra credores prevista no Código Civil é a ineficácia relativa.

Para o reconhecimento da existência de fraude contra credores e restabelecimento da vinculação do bem alienado fraudulentamente à satisfação do débito do credor prejudicado há necessidade de manejar uma demanda de conhecimento tradicionalmente chamada de ação pauliana¹²⁶ – também de ação revocatória – cuja origem remonta ao direito romano¹²⁷. O Código Civil, em seu artigo 161, aponta a via própria para anular os atos praticados em fraude contra credores. A necessidade de uma demanda de conhecimento para anular os atos praticados em fraude contra credores é ponto pacífico na jurisprudência de nossos tribunais, havendo inclusive súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a impossibilidade de anulação de atos jurídicos inquinados de fraude pauliana em sede de embargos de terceiro, havendo necessidade

¹²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria...*, op. cit., p. 212.

¹²⁵ E ainda assim, apenas pela impossibilidade científica de se falar em anulabilidade de pagamento, por se tratar, na visão do autor, de ato-fático jurídico: “não se pode falar de anulabilidade de pagamento, porque se trata de ato-fato jurídico, donde só caber referência à ineficácia” (idem).

¹²⁶ Explica NELSON HANADA que a generalidade dos tratadistas atribui a um pretor romano de nome Paulo a criação da ação para atacar o ato inquinado de fraude contra credores, daí a origem da denominação “pauliana” (*Da insolvência e sua prova na ação pauliana*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 25).

¹²⁷ Sobre a evolução histórica da ação pauliana no direito romano consultar THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Fraude contra credores, a natureza da sentença pauliana*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 67 e ss.

de manejo da demanda de conhecimento específica. Trata-se da súmula 195, que reza: “em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”.

A legitimidade ativa para o manejo da ação pauliana é dos credores quirografários que o eram ao tempo da alienação fraudulenta (artigo 158 do Código Civil), ainda que a dívida não esteja vencida (não possui legitimidade ativa o credor detentor de garantia real, porquanto o direito de sequência derivado desta garantia determina a sua ausência de interesse – afinal, o bem ao qual se encontra vinculada a garantia real já responde pela obrigação garantida independentemente de quem seja seu proprietário). No polo passivo devem figurar como litisconsortes passivos necessários o terceiro adquirente e o devedor alienante, bem como eventuais terceiros que tenham posteriormente adquirido o bem alienado (artigo 161 do Código Civil)¹²⁸.

Ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que desde sua origem romana a ação paulina, chamada de revocatória, vem sendo utilizada não para anular ato jurídico, mas sim para chamar de volta (*re + vocare*) o bem alienado em fraude contra credores, para que responda pela satisfação do débito¹²⁹. Nesse sentido, como sustenta LIEBMAN, o efeito da procedência da ação pauliana seria simplesmente a ineficácia relativa da alienação fraudulenta em relação aos credores que moveram a ação revocatória, de modo que os bens alienados permanecem garantindo a dívida, com a extensão da responsabilidade executória a eles, mas continuam em propriedade do terceiro adquirente¹³⁰.

Tal posição é compartilhada por DINAMARCO, LIEBMAN, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ARAKEN DE ASSIS, NELSON HANADA, JOSÉ ELI SALAMACHA e, entre

¹²⁸ SALAMACHA, José Eli, *Fraude contra credores: efeitos da ação pauliana* in *Revista de Processo*, ano 31, vol. 135, p. 79.

¹²⁹ “É interessante notar que a raiz da denominação ação revocatória, como o que se tem identificado a pauliana, desde suas origens romanas, não se liga à idéia de *anular* (ou revogar), mas à de *re-vocare*, que etimologicamente quer dizer “ação de chamar de volta” ou de “fazer voltar chamando” (*re*: para trás + *vocare*: chamar + *ar*: ação de). A ação revocatória, portanto, correspondia, segundo seu próprio nome, a um meio processual de chamar de volta o bem alienado em fraude de credores, para responder pelas obrigações” (*Fraude contra credores...*, *op. cit.* p. 18).

¹³⁰ “Não é, pois, completamente exata a afirmação comum, segundo a qual a ação pauliana faz reverter os bens alienados para o patrimônio do alienante; se olharmos para os seus efeitos sem nos deixar influenciar pela tradição histórica, veremos que eles consistem simplesmente em permitir que a execução recaia nos bens alienados em fraude, na medida que for necessário para evitar prejuízo dos credores, e isso não porque esses bens tenham voltado ao patrimônio do alienante, ora executado, e sim, apesar de se encontrarem no patrimônio do terceiro adquirente. Isso significa, afinal, que o verdadeiro resultado da ação pauliana é estender a ação e a responsabilidade executória a determinados bens do terceiro, precisamente aqueles que foram objeto do ato fraudulento” (*Processo de execução*, *op. cit.*, p. 106).

os civilistas, ALVINO LIMA¹³¹, YUSSEF SAID CAHALI¹³² e SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹³³. Tal posicionamento também parece prevalecer em nossa jurisprudência¹³⁴.

Não obstante ser a ineficácia relativa defendida por respeitável e expressiva parcela da doutrina – e ainda que pareça, de *lege ferenda*, a posição mais razoável, já que aceitar a anulação do ato e o retorno do bem alienado à universalidade patrimonial do devedor pode significar inclusive favorecimento ao devedor fraudador¹³⁵ – fato é que tal posição é abertamente *contra legem*.

Os artigos 158, 159 e 165 do Código Civil são expressos ao utilizar o verbo anular e imputar a sanção de anulação aos atos praticados em fraude contra credores. Ademais, enquanto o Projeto do Código Civil atual tramitava no Congresso Nacional, foi expressamente rejeitada a proposta de emenda n. 193, que propunha a sanção de ineficácia do ato cometido em fraude contra credores, e não mais a anulação. Ao rejeitar tal emenda, a Comissão Revisora da Câmara dos Deputados expressamente consignou que o Projeto permanecia seguindo o sistema adotado no Código Civil de 1916, rejeitando expressamente a tese da ineficácia relativa¹³⁶.

Apoiada na literalidade da lei, uma relevante parcela da doutrina civilista enxerga a ação pauliana como verdadeira ação anulatória de ato jurídico e, como consequência, entende que o efeito da sentença proferida nesta demanda tem o condão de impor a sanção de anulação aos atos praticados em fraude contra credores, de modo

¹³¹ *A fraude...*, op. cit., p. 22.

¹³² *Fraudes...*, op. cit., p. 386.

¹³³ *Direito...*, op.cit. p. 451.

¹³⁴ São elucidativos os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: “A fraude contra credores, proclamada em ação pauliana, não acarreta a anulação do ato de alienação, mas, sim, a invalidade com relação ao credor vencedor da ação pauliana, e nos limites do débito de devedor para com este” (3ª Turma, REsp 971.884/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j. 22.03.2011) e “A fraude contra credores não gera a anulabilidade do negócio — já que o retorno, puro e simples, ao status quo ante poderia inclusive beneficiar credores supervenientes à alienação, que não foram vítimas de fraude alguma, e que não poderiam alimentar expectativa legítima de se satisfazerem à custa do bem alienado ou onerado. Portanto, a ação pauliana, que, segundo o próprio Código Civil, só pode ser intentada pelos credores que já o eram ao tempo em que se deu a fraude (art. 158, § 2º; CC/16, art. 106, par. único), não conduz a uma sentença anulatória do negócio, mas sim à de retirada parcial de sua eficácia, em relação a determinados credores, permitindo-lhes excutir os bens que foram maliciosamente alienados, restabelecendo sobre eles, não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas” (1ª Turma, REsp 506.312/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.08.2006).

¹³⁵ Já que a anulação por muitas vezes pode, inclusive, levar ao favorecimento do próprio devedor que aliena bens fraudulentamente, ultrapassando tal sanção o próprio objetivo jurídico da disciplina da fraude contra credores (o reestabelecimento da higidez patrimonial do devedor enquanto garantia comum dos credores). Nesse sentido, são elucidativos os exemplos mencionados por DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil...*, op. cit., p. 548, e THEODORO JUNIOR, Humberto, *Fraude contra credores...*, op. cit., p. 192 e ss.

que o bem alienado ou vantagem proveniente do ato fraudulento seja revertida ao acervo sobre o qual tenha de se efetuar o concurso de credores (solução ditada expressamente pelo artigo 165 do código Civil).

Nestes termos, a sentença de procedência da ação pauliana teria o condão de restaurar o estado patrimonial originário do devedor, com o restabelecimento da garantia inicial que tinham os credores¹³⁷. Comungam dessa opinião, além de SILVIO RODRIGUES, CLÓVIS BEVILÁQUA¹³⁸, LIMONGI FRANÇA¹³⁹, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹⁴⁰, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES¹⁴¹, SAN TIAGO DANTAS¹⁴², CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹⁴³, EDUARDO ESPÍNOLA¹⁴⁴ e FÁBIO ULHOA COELHO¹⁴⁵.

Divide-se a doutrina a respeito da legitimidade passiva na ação pauliana – discussão que gravita em torno do atual artigo 161 do Código Civil (cuja redação reproduziu aquela existente no artigo 109 do Código Civil de 1916), que estabelece uma aparente faculdade na definição do polo passivo da ação pauliana¹⁴⁶. Aqueles que entendem a sanção de anulabilidade aos atos maculados de fraude contra credores defendem a existência de um litisconsórcio necessário entre todos os partícipes do ato fraudulento, já que a sua anulação necessariamente reverberará efeitos a todos eles. O mesmo raciocínio poderia ser transportado para o caso de sanção de ineficácia, já que tanto o devedor alienante quanto o terceiro adquirente teriam pleno interesse na declaração da eficácia do ato alegadamente fraudulento – posição doutrinária que parece prevalecer na doutrina¹⁴⁷. Em favor da inexistência de litisconsórcio necessário de todos

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito...*, op. cit., p. 459.

¹³⁷ RODRIGUES, Silvio, *Direito...*, op. cit., p. 238. Complementa o autor: “os bens alienados voltam ao patrimônio do devedor; as garantias concedidas se aniquilam; e os pagamentos antecipados são devolvidos”.

¹³⁸ *Código...*, Op.cit. p. 357.

¹³⁹ FRANÇA, R. Limongi, *Manual de direito civil*, 1º vol., 4ª ed., São Paulo, RT, 1980, p. 309.

¹⁴⁰ *Curso...*, op.cit. p. 280.

¹⁴¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de direito civil*, vol. 1, 7ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1989, p. 410.

¹⁴² *Programa...*, op.cit. p. 301.

¹⁴³ *Direito...*, op.cit. p. 458.

¹⁴⁴ *Breves...*, op.cit. p. 355-356. O autor frisa que a anulação beneficia todos os credores, inclusive aqueles que não moveram ação pauliana.

¹⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito civil: parte geral*, vol. 1, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 357. Posição interessante é tomada por CARVALHO SANTOS, o qual, desenvolvendo um raciocínio mais completo e fala de anulação relativa apenas aos credores, de modo que eventual saldo excedente, após o pagamento dos credores, não aproveitaria o devedor alienante, mas o terceiro adquirente (*Código...*, Op. cit., p. 432).

¹⁴⁶ “Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé”.

¹⁴⁷ Por todos, cfr. CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 358 e ss.

os participantes do ato fraudulento está parcela da doutrina que entende pela possibilidade de inclusão apenas do terceiro adquirente no polo passivo da demanda, uma vez que a sanção de ineficácia do ato praticado em fraude contra credores apenas atingiria, restabelecendo o vínculo do bem adquirido fraudulentamente e o débito fraudado¹⁴⁸.

De toda a discussão acima exposta a respeito da fraude contra credores e da sanção aos atos inquinados com tal vício – discussão que transborda para os efeitos da ação pauliana – o que mais nos interessa para o presente estudo é a constatação de que até hoje persiste grande divergência doutrinária e certa dificuldade no trato do tema, divergências que transbordam para o trato da fraude à execução, cuja origem remonta à fraude contra credores. A celeuma doutrinária também se reflete nas discussões do projeto de novo Código de Processo Civil, como vemos nos capítulo que seguem. Antes, contudo, necessário realizar breves esclarecimentos de ordem terminológica e epistemológica a respeito da abordagem da fraude à execução a ser realizada no presente estudo.

3.3 A FRAUDE À EXECUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

3.3.1 Considerações terminológicas e epistemológicas

No presente trabalho, optamos por utilizar a expressão “fraude à execução” para designar o fenômeno objeto de nosso estudo, analisado com maior vagar no presente capítulo. Necessário, contudo, pontuar que na doutrina e na jurisprudência comumente as expressões “fraude de execução”, “fraude contra a execução” e mesmo “fraude na execução” são também utilizadas para apontar o mesmo fenômeno de que ora tratamos.

Ao analisar as expressões corriqueiramente utilizadas, FREDERICO CAIS chega à conclusão – que corroboramos – de que todas elas estão gramaticalmente

¹⁴⁸ Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 574-575. HANADA, Nelson, *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*, 4ª

corretas, significando uma modalidade de fraude voltada a frustrar o processo executivo¹⁴⁹. Não obstante reconhecer a precisão gramatical de todas as expressões, o autor – voltando atrás de entendimento anteriormente defendido¹⁵⁰ – propugnando por uma maior precisão terminológica, entende a maior adequação da expressão “fraude de execução”, a qual, além de ter sido aquela escolhida pelo Legislador (empregada no *caput* do artigo 593 do Código de Processo Civil), seria a expressão que melhor exprimiria o fenômeno, por possuir a qualidade de se ater menos ao objeto fraudado (a execução) e mais ao tipo de fraude praticado (contra a atividade executiva), deixando de lado o artigo definido e abrangendo uma gama maior de modalidades ou espécies de fraudes possíveis contra a satisfação do exequente¹⁵¹.

Embora o nosso diploma processual utilize o termo “fraude de execução”, optamos por adotar a expressão “fraude à execução” por ser tradicionalmente utilizada por representativa parcela da doutrina – entre outros autores, YUSSEF SAID CAHALI¹⁵², JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA¹⁵³, SALAMACHA¹⁵⁴ e ZAVASCKI¹⁵⁵ – sendo, inclusive, aquela empregada nos projetos legislativos em trâmite para a promulgação do Novo Código de Processo Civil (cuja análise será realizada em capítulo próprio). Por outro lado, não obstante a defesa de uma precisão terminológica manifestada por FREDERICO CAIS, acreditamos que a identificação precisa do fenômeno analisado e a ressalva terminológica ora realizada são suficientes para situar o objeto de estudo e sustentar as conclusões do presente trabalho.

Outro aspecto relevante para nossas conclusões, de cunho epistemológico, diz respeito à restrição da pesquisa sobre o fenômeno à doutrina e à

ed., São Paulo, RT, 2005, p. 98.

¹⁴⁹ *Fraude de execução*, op. cit., p. 98.

¹⁵⁰ Oportunidade em que defendeu o acerto na utilização da expressão *fraude à execução*. *Embargos de terceiro e fraude à execução* in *Revista de Processo*, n. 102, 2001, pp. 109-138.

¹⁵¹ “... se a intenção do legislador fosse designar o que estaria sendo fraudado, então, a expressão ‘fraude à execução’ seria perfeita. Todavia, o que se pretendeu foi estabelecer uma relação de vinculação entre ‘fraude’ e ‘execução’, designando o tipo de fraude que se tratava e a quem ela pertencia (...). Com efeito, a fraude é ‘da’ própria execução, como processo ou fase destinada a propiciar a satisfação do exequente. Nesse passo, o uso da preposição “de”, em vez de “da”, entre dois substantivos, oferece a vantagem de indicar um número indefinido de relações (de espécie, no caso). Logo, pode-se dizer que existem diversas modalidades de fraude “de” execução (as previstas nos incisos do art. 593 do Código de Processo Civil)” (*Fraude de execução*, op. cit., p. 99).

¹⁵² *Fraude contra credores*, op. cit.

¹⁵³ *Fraude à execução*, op. cit.

¹⁵⁴ SALAMACHA, José Eli, *Fraude à Execução, direitos do credor e do adquirente de boa-fé*, São Paulo, RT, 2005.

¹⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8, coord. Ovídio Araújo Baptista da Silva, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003.

jurisprudência nacionais. A doutrina é uníssona em anunciar a fraude à execução como fenômeno endêmico do direito pátrio¹⁵⁶. Nenhum ordenamento alienígena conhecido sistematizou mecanismo específico para reprimir a fraude contra o direito de crédito que se manifesta quando já em curso uma demanda. Em outros ordenamentos, a repressão da fraude contra o direito de crédito é realizada apenas pelos mecanismos similares àqueles utilizados no direito brasileiro para sancionar os atos de disposição patrimonial cometidos em fraude contra credores.

Em ensaio dedicado especialmente a analisar o direito comparado, SALAMACHA chegou a esta mesma conclusão, salientando que nem mesmo no direito português, cujas raízes são comuns às do direito brasileiro, tem-se tratamento estanque para a fraude contra o direito de crédito cometida no curso de um processo¹⁵⁷ (de conhecimento ou de execução, como veremos com mais vagar abaixo).

Por fim, reafirmamos que o presente estudo não pretende esgotar o espinhoso tema da fraude à execução, mas, sobretudo identificar precisamente o fenômeno para o fim de perquirir a possibilidade de sua ocorrência no curso de uma demanda arbitral. Nesta toada, não esgotaremos os (inúmeros) aspectos polêmicos e ácidos relacionados com fraude à execução – v.g., cadeia de alienações e reconhecimento da fraude com a desconsideração da personalidade jurídica. Não escaparemos, entretanto, de adentrar algumas das polêmicas que cercam o fenômeno, que serão refletidas na exposição dos antagônicos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, longe de estarem pacificados.

Definidas as premissas propostas no presente trabalho, voltaremos nossa atenção para identificar o fenômeno da fraude à execução em nosso direito, disciplinado precipuamente no artigo 593 do atual Código de Processo Civil. Especial atenção será dedicada às hipóteses de fraude à execução disciplinadas em referido artigo, que são um parâmetro para analisar o fenômeno à luz da arbitragem, sendo que tudo o quanto aqui

¹⁵⁶ Nesse sentido, entre outros, LIEBMAN, *Processo de execução*, op. cit., p. 127; OLIVEIRA, José Sebastião de, *Fraude...*, op. cit., p. 53; CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 111; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições...*, vol. 4, op. cit., p. 441; MORI, Amaury Haruo, *Pressupostos e efeitos da fraude à execução* in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 24, n. 2, p. 151, e, mais recentemente, AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, *Fraude de execução*, op. cit., p. 6.

¹⁵⁷ SALAMACHA, José Eli, *A fraude à execução no direito comparado* in *Revista de Processo*, n. 131, 2006, pp. 10996-116.

concluído será aplicável às demais hipóteses legais (inciso III do artigo 593, Código de Processo Civil)¹⁵⁸.

3.3.2 Elementos constitutivos: a diferença entre fraude à execução e fraude contra credores

Como tivemos a oportunidade de analisar no capítulo acima, em ordenamentos estrangeiros sequer é prevista a fraude à execução como fenômeno diverso da fraude pauliana. Dada a semelhança ontológica entre os dois institutos, alguns doutrinadores, como YUSSEF SAID CAHALI, conceituam a fraude à execução como *especialização da fraude contra credores*, já que ambos os fenômenos seriam informados pelos mesmos princípios de resguardo à garantia patrimonial do credor¹⁵⁹. Para quem defende a sanção de ineficácia relativa para o ato impregnado de fraude contra credores, a ausência de diferenciação entre as duas modalidades de fraude também seria justificada pela identidade dos efeitos jurídicos do reconhecimento do ato fraudulento: eficácia primária do negócio fraudulento (v.g., transmissão da propriedade) e sua ineficácia secundária (o bem alienado fraudulentamente permanece vinculado ao processo executivo que objetivou frustrar)¹⁶⁰.

A aproximação (e muitas vezes, confusão) feita pela doutrina entre os fenômenos da fraude contra credores e da fraude à execução se justifica pela semelhança existente entre ambas as modalidades de fraude. Assim como acontece na fraude contra credores, a repressão do sistema jurídico à fraude à execução encontra-se no âmbito da proteção do direito de crédito, dentro daquelas circunstâncias previstas em lei que colocam à disposição do credor meios repressivos para manter bens em patrimônio de terceiros vinculados à satisfação de seu crédito.

Entretanto, há de se ter em mente que, embora ontologicamente fraude contra credores e fraude à execução possam ser consideradas um só fenômeno – meios

¹⁵⁸ Entre elas, fraude à execução fiscal (que, nos termos da nova redação do artigo 185 do CTN, se daria apenas com a inscrição na dívida ativa, excluída a necessidade de distribuição de demanda executiva); alienação de bens dentro do termo legal da falência (artigo 129, lei 11.101/2005); transferência fraudulenta da impenhorabilidade do bem de família (artigo 4º, lei 8.009/1990); *et alii*.

¹⁵⁹ “Mais propriamente, o *instituto da fraude à execução constitui uma ‘especialização’ da fraude contra credores*. Informados segundo os mesmos princípios – repulsa à fraude que frustra a garantia patrimonial do credor –, o que se revela na profunda afinidade que remanesce entre os dois institutos, a *especialização da fraude à execução* representa o produto natural da evolução histórica do direito” (CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit. p. 80). No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Fraude à execução – parecer in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano I, n. 5, p. 149.

utilizados pelos devedores para alienar bens em prejuízo do direito de crédito contra eles existente – existem características peculiares a cada modalidade de fraude, em sua natureza, nos mecanismos de repressão e nas modalidades de sanções, que justificam uma diferenciação entre elas.

De início, bem observa DINAMARCO que a fraude à execução possui hipóteses mais amplas (como aquela existente no inciso I do artigo 593, Código de Processo Civil), cobrindo “área estranha” à fraude contra credores¹⁶¹. Trata-se aqui de manifestação especialíssima da *fraude contra a transferência de direitos*, considerada como modalidade de fraude à execução por disposição expressa de lei, ainda que não possua como objetivo tutelar o direito de crédito propriamente dito, mas outros direito subjetivos do credor. Sendo assim, a primeira diferenciação entre fraude à execução e fraude contra credores é de cunho ontológico, já que a repressão à primeira, ao contrário da segunda, não serve exclusivamente à proteção do direito de crédito.

Em segundo lugar, observa-se que as consequências impostas pelo reconhecimento da fraude à execução, de um modo mais abrangente, além de garantir o direito de crédito, servem *também* para assegurar a eficácia da própria tutela jurisdicional num sentido mais amplo.

Nesse sentido, enquanto a fraude contra credores é vista como instituto de direito privado, destinando a proteger os interesses particulares dos credores, a fraude à execução é entendida como instituto de direito público¹⁶², com a missão precípua de *proteger a própria eficácia da função jurisdicional executiva estatal* (e apenas em segundo plano o direito de crédito)¹⁶³. A inserção topológica da disciplina das duas

¹⁶⁰ MORI, Amaury Haruo, *Pressupostos e efeitos da fraude à execução* in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 24, n. 2, p. 159.

¹⁶¹ *Execução Civil*, op. cit., p. 281-282.

¹⁶² Tal máxima é repetida de longa data: “A ‘fraude contra credores’ é matéria disciplinada pelo direito privado, pois o interesse é visceralmente entre credor, de um lado, e devedor (alienante) e terceiro (adquirente) do outro. A ‘fraude de execução’ é matéria regulada pelo direito público, ou seja, o processual, porque, invocada a prestação jurisdicional, o Estado passou a ter interesse em que, havendo condenação, a execução se efetive, em nome de seu próprio prestígio e de sua própria autoridade” (MENDONÇA LIMA, Alcides de, *Comentários...*, op. cit., p. 494-495).

¹⁶³ “De fato, o legislador preocupou-se com a fraude perpetrada pelo devedor em dois níveis distintos: no grau mais alto, preserva-se a função estatal de distribuir justiça; num segundo patamar, protege-se o credor contra os embustes praticados pelo devedor para não cumprir suas obrigações. Naquele grau maior, o Estado, que está preservando a eficácia de sua própria atuação, penaliza com automática e imediata ineficácia os atos que atentem contra o interesse público de dotar o processo de máxima utilidade; no patamar inferior, o legislador determina que o credor possa agir para evitar que o devedor defraude a garantia patrimonial, furtando-se ao cumprimento da obrigação: esse o arcabouço da

modalidades de fraude – uma (fraude contra credores) no diploma material e a outra (fraude à execução) no diploma processual – dá força a tal opinião, que parece pacífica na doutrina¹⁶⁴, em que pese bem fundamentada opinião em sentido contrário¹⁶⁵.

Além da natureza pública, a fraude à execução se diferencia da fraude contra credores em seus elementos constitutivos. A necessidade e a definição dos dois requisitos necessários para a configuração da fraude contra credores – como regra geral, *eventus damni* e *consilium fraudis*, com todas as vicissitudes acima abordadas – mudam de figura na fraude à execução.

Especialmente a necessidade e o conteúdo do elemento subjetivo – dos temas mais controvertidos na doutrina – será objeto de análise em capítulo próprio, no qual tecemos nossas consideração e conclusões. Entretanto, é certo que, para uma definição conceitual do fenômeno da fraude à execução a exigência do *eventus damni* é imprecisa. Isso porque, se em algumas hipóteses de fraude à execução (como aquela do inciso II, artigo 593, Código de Processo Civil) a demonstração da insolvência (ou ausência de outros bens penhoráveis) se faz necessária, também existe fraude à execução sem que haja insolvência do devedor.

Isso se dá justamente na hipótese do inciso I, artigo 593, Código de Processo Civil acima tratada (alienação de bem sob o qual pendia demanda fundada em direito real), caso em que o objeto da demanda é a própria coisa alienada (*jus in re*) – e não a satisfação de um direito de crédito. Nessa hipótese, a execução será para a entrega de coisa, e não por quantia certa, sendo irrelevante perquirir sobre o estado de insolvência do devedor¹⁶⁶. Justamente por tal razão, cientificamente mais acurado elencar como requisito da fraude à execução a “frustração dos meios executórios” (e

denominada ‘ação pauliana’” (CARMONA, Carlos Alberto, *Código de Processo Civil interpretado*, coord. Antônio Carlos Marcato, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 1950).

¹⁶⁴ Nesse sentido, processualistas e civilistas. Exemplificativamente, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos...*, op. cit., p. 575; e VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil...*, op. cit., p. 457.

¹⁶⁵ Parcela da doutrina enxerga que a repreensão da fraude à execução não serviria à proteção da atividade jurisdicional, e sim ao interesse puramente privado do credor. O argumento utilizado é que na seara penal o crime de fraude à execução é capitulado no Título II do Código Penal, que trata dos crimes contra o patrimônio (e não no Título XI, que trata dos crimes contra a administração pública). O fato de a ação penal no crime de fraude à execução ser privada também demonstraria a prevalência do interesse privado sobre o interesse público. Nesse sentido cfr. SOUZA, Gelson Amaro de, *Fraude à execução e a natureza do direito protegido* in *Revista Jurídica*, ano 53, n. 336, p. 21 e ss. Em sentido contrário, LUIZ FUX defende que, “sob o ângulo penal, considera-se figura típica de delito contra a administração da justiça” (*O novo processo de execução (cumprimento de sentença e a execução extrajudicial)*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 93).

¹⁶⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de, *Fraude à execução*, op. cit., p. 73.

não propriamente a insolvência do devedor), como advertem ARAKEN DE ASSIS¹⁶⁷ e FREDERICO CAIS¹⁶⁸.

Outro fator determinante para caracterizar a fraude à execução é o momento em que o ato de alienação fraudulenta ocorre. Necessariamente, para estar caracterizada a fraude à execução deve haver demanda jurisdicional em curso, seja ela de *conhecimento*, *executiva* ou mesmo *cautelar*¹⁶⁹.

Quando falamos de alienação, vale também aqui a ressalva de que, tal como apontado em relação à fraude contra credores, o termo *alienação* representa uma sinédoque, querendo significar todo e qualquer ato de diminuição patrimonial em prejuízo do credor. Remetemos o leitor às mesmas considerações que realizamos acima, por ocasião da análise da fraude contra credores a respeito dos inúmeros atos de disposição patrimonial que podem se verificar em prejuízo do credor – os quais, no campo da fraude à execução, são analisados e discutidos por TEORI ALBINO SAVASCKI¹⁷⁰ e ARAKEN DE ASSIS¹⁷¹. Vale frisar que o *caput* do artigo 593 do Código de Processo Civil chega expressamente a falar em “alienação ou oneração de bens”, abrindo caminho para considerar qualquer ato de disposição patrimonial passível de ser considerado fraudulento. Assim, o termo alienação, ou qualquer variação do verbo alienar utilizada para tratar da fraude à execução, deverão ser lidos como uma redução útil à fluidez textual, sem desconsiderar que o fenômeno pode ocorrer com as mais diversas formas de diminuição patrimonial.

Por fim, a distinguir fraude à execução da fraude contra credores também está a acentuada diferença nos mecanismos com que uma e outra modalidade de fraude são reconhecidas e sancionadas pelo ordenamento jurídico. Tal diferença de tratamento decorre justamente da maior gravidade da fraude a partir do ajuizamento da demanda jurisdicional, quer pela evidência acentuada do propósito de fraudar credores, quer pela intenção de retirar eficácia do regular desenvolvimento da função jurisdicional¹⁷². Por

¹⁶⁷ *Manual da execução*, op. cit., p. 310.

¹⁶⁸ *Fraude de execução*, op. cit., p. 139 e ss.

¹⁶⁹ Exceção feita à hipótese de fraude capitulada no artigo 185 do CTN, passível de existir desde a inscrição do débito fraudado em dívida ativa, independentemente de haver demanda executiva em curso.

¹⁷⁰ *Comentários ao Código de Processo...*, op. cit., p. 266 e ss.

¹⁷¹ *Manual da execução*, op. cit., p. 311.

¹⁷² “É que então não só é mais patente que nunca o intuito de lesar os credores, como também a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair. Por isso,

conta da maior reprovabilidade da conduta fraudulenta, justifica-se a reação mais enérgica contra a modalidade especial de alienação fraudulenta.

Conceituada a fraude à execução – a partir de sua confrontação com o fenômeno da fraude contra credores, expediente ao qual inevitavelmente recorreremos ao longo do presente capítulo – importante também falar que também pode ocorrer fraude à execução quando há alienação ou oneração de bem já penhorado (que seria perfeitamente possível, segundo ensina LIEBMAN, restando apenas ineficaz em relação ao processo de execução no qual expedida a ordem constritiva¹⁷³). A doutrina, com absoluta razão, trata a alienação do bem penhorado como modalidade de fraude à execução. DINAMARCO, confirmando a identidade entre essas duas espécies de fraude do devedor, aponta que a alienação de bem penhorado é modalidade especial (mais grave) de fraude à execução, porquanto prescindiria da prova de insolvência do executado, por se tratar de atentado à própria sujeição concreta do bem ao processo judicial executivo¹⁷⁴, sendo assim, sem deixar de se tratar de um caso típico de fraude à execução¹⁷⁵, a alienação do bem penhorado apenas dispensa a perquirição sobre a frustração dos meios executórios para sua caracterização.

Feitas tais considerações de ordem geral, comuns a todas as espécies de fraude à execução – nas quais presentes dois elementos indispensáveis, *litispendência* e *frustração dos meios executórios* – passemos à análise do conceito de litispendência, relevante para a caracterização da fraude e de algumas especificidades sobre a frustração dos meios executórios nas modalidades específicas de fraude à execução previstas nos incisos do artigo 593 do Código de Processo Civil. Em seguida, analisaremos o mecanismo especial de reconhecimento da fraude à execução e, ao final, nos deteremos na análise da relevância do elemento subjetivo para a caracterização da fraude.

ainda mais eficaz se torna a reação da ordem jurídica contra o ato fraudulento” (LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de execução*, op. cit., p. 108).

¹⁷³ LIEBMAN, Enrico Tulio, *Processo de execução*, op. cit., p. 126.

¹⁷⁴ *Execução civil*, op. cit., p. 304-305. DONALDO ARMELIN, diferenciando a alienação de bem penhorado da fraude à execução, também chega à conclusão de que “a alienação ou oneração do bem penhorado são relativamente ineficazes, independentemente de gerarem ou não a insolvência do devedor” (*Registro da penhora e fraude de execução* in *Revista do Advogado*, n.40, 1993, p. 71).

¹⁷⁵ ASSIS, Araken de, *Manual...*, op. cit., p. 314.

3.3.3 A litispendência para caracterização da fraude à execução: a necessidade de citação válida e as espécies de demandas relevantes

A análise do primeiro elemento para a configuração da fraude à execução – a *litispendência* – passa por duas celeumas doutrinárias e jurisprudenciais. A primeira delas diz respeito à necessidade da citação válida para a conformação da litispendência e para a concretização da fraude à execução. A segunda, diz respeito às espécies de demanda no curso das quais é possível se verificar a fraude à execução.

Para resolver a primeira delas, observamos que o processo se inicia quando o primeiro ato processual é praticado¹⁷⁶, sendo ele o despacho inicial ou a distribuição da demanda – nos casos em que há competência territorial concorrente de um órgão ou cartório para processamento da demanda (artigo 263, Código de Processo Civil)¹⁷⁷. Entretanto, diante da impossibilidade de o autor controlar o ato de despachar ou de distribuir, sedimentou-se entendimento de que a propositura deve ser considerada a partir da apresentação da *petição inicial* ao Poder Judiciário¹⁷⁸.

Por outro lado, pelo teor da segunda parte do mesmo artigo 263 – e do artigo 219, Código de Processo Civil, que estabelece os *efeitos* da litispendência a partir da citação válida – esta última é entendida como pressuposto processual de existência do processo para o réu¹⁷⁹ – tese compatível com o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao fixar a interpretação conforme a Constituição do parágrafo único do

¹⁷⁶ CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 29ª ed., op. cit., p. 323.

¹⁷⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *O novo processo civil brasileiro*, 25ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 23.

¹⁷⁸ Veja-se, a esse respeito, recentíssimo julgado proferido no STJ, no qual se lê: “A jurisprudência desta Corte Superior entende que data de propositura da ação é aquela em que é apresentada a petição inicial no cartório judicial” (AgRg no REsp 1358898/ES, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 07/05/2013).

¹⁷⁹ Cfr. os comentários de LIEBMAN, Enrico Tullio, ainda quando da vigência do Código de Processo Civil de 1939, *Nulidade da sentença proferida sem citação do réu* in *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 179-184. No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 354.

artigo 296 do Código de Processo Civil, quando estabeleceu que o réu apenas passa a fazer parte da relação jurídica processual depois de citado¹⁸⁰¹⁸¹

Nessa toada, existe na doutrina controvérsia a respeito da necessidade de haver citação válida para que sejam produzidos os efeitos da litispendência para o fim de se considerar a configuração da fraude à execução.

Alguns poucos autores, entre civilistas e processualistas – dentre eles, MARIA BERENICE DIAS¹⁸², YUSSEF SAID CAHALI¹⁸³, JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA¹⁸⁴ e LUIZ FUX¹⁸⁵ – fazem voz quase isolada acerca da prescindibilidade da citação para a ocorrência da fraude à execução, por considerar que, nos termos do artigo 263 do Código de Processo Civil, a demanda considera-se proposta assim que despachada pelo juiz ou simplesmente distribuída. O posicionamento justifica-se, ainda, diante da necessidade de impedir que o réu, antes de citado, mas conhecedor da demanda proposta contra ele, se adiante para alienar seus bens anteriormente à citação¹⁸⁶.

Em sentido contrário está a doutrina que acabou prevalecendo em nossa jurisprudência – como esclarece THEOTONIO NEGRÃO¹⁸⁷ – a considerar indispensável a citação válida para a ocorrência da fraude à execução. Tal posicionamento, defendido por JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁸⁸, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁸⁹ e TEORI ALBINO ZAVASCKI¹⁹⁰, fia-se no teor do texto do artigo 219 do Código de Processo Civil, que

¹⁸⁰ AI 427533 AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2004, *Revista dos Tribunais* n. 851, 2006, p. 135-143.

¹⁸¹ O artigo 263, Código de Processo Civil, fala que os efeitos da citação (artigo 219 do mesmo diploma legal) apenas serão produzidos em relação ao réu depois que este for validamente citado.

¹⁸² *Fraude à execução...*, op. cit., p. 72-76.

¹⁸³ *Fraude contra credores...*, op. cit., p. 568 e ss.

¹⁸⁴ *Fraude à execução...*, op. cit., p. 76. Justifica o autor que “a exigência da citação do devedor, para arguição da fraude, não reside a grandes indagações, de forma que há possibilidade, sem que ocorra a citação em uma ação, de sustentar a caracterização de fraude à execução praticamente de forma incontestável”.

¹⁸⁵ *O novo processo...*, op. cit., p. 99.

¹⁸⁶ Completa o raciocínio FREDERICO CAIS, ao afirmar que “a distribuição da petição inicial já confere publicidade ao processo, projetando seus efeitos a terceiros, fato que não pode ser olvidado na constatação da fraude” (*Fraude de execução*, op. cit., p. 134).

¹⁸⁷ “Tanto no caso do inciso I, como no do inciso II: “Para que se configure fraude à execução não é suficiente o ajuizamento da demanda, mas **citação válida**” (RTJ 116/356). No mesmo sentido: RTJ 122/800, 130/786 (decisão longamente fundamentada, em caso de compromisso de compra e venda); STF-JTA 107/286, 115/245; STF-RJTJERGS 146/13; RSTJ 12/385, 53/310, 59/298, 69/436, 77/177, 89/230; STJ-RT 659/196, 669/186, 739/234, 805/202” (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F., BONDOLI, Luis Guilherme A.; e FONSECA, João Francisco Naves da, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 45ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, nota 10b ao artigo 593, p. 801).

¹⁸⁸ *Manual...*, op. cit., p. 49.

¹⁸⁹ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 44ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 186.

¹⁹⁰ *Comentários ao Código de Processo...*, op. cit., p. 268.

considera os efeitos da litispendência em relação ao réu apenas a partir do momento da citação.

Concordamos, contudo, com a posição intermediária de CARMONA, o qual, defendendo o acerto da interpretação dominante (de que a fraude à execução apenas teria lugar após a citação do réu), admite que tal interpretação não pode ter caráter absoluto, comportando mitigação toda vez que o credor exequente possuir elementos para demonstrar que o devedor-executado tinha ciência da demanda mesmo antes da citação¹⁹¹. Tal raciocínio, de cunho teleológico, representa a máxima eficácia das regras sobre os efeitos da citação e sobre a fraude à execução¹⁹², e já foi adotado em no próprio Superior Tribunal de Justiça¹⁹³, mesmo diante da prevalência da interpretação sobre a imprescindibilidade da citação.

No que diz respeito às espécies de demanda relevantes para caracterização da fraude à execução, o consenso tradicional é que a demanda proposta pode tanto ser de conhecimento, quanto de execução propriamente dita¹⁹⁴. Mais recentemente, ganhou força na doutrina¹⁹⁵ e na jurisprudência¹⁹⁶ entendimento, com o qual concordamos, de que também a demanda cautelar preparatória pode ser considerada demanda pendente para os fins do reconhecimento da fraude à execução. Do contrário, seria aberta a possibilidade de, no curso da demanda cautelar preparatória,

¹⁹¹ *Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 1951. Igual posicionamento é defendido por DINAMARCO, que justifica sua posição num princípio ético: “por um realista princípio ético que deve presidir as interpretações jurídicas, estando inequivocadamente ciente o demandado da demanda proposta fica o ato inquinado de fraude à execução apesar de ainda não citado. Sua efetiva ciência basta para deixar clara a intenção fraudulenta com que tenha desfalcado seu patrimônio” (*Execução civil*, op. cit., p. 283). No mesmo sentido LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro da penhora in Revista de Processo*, ano 25, n. 98, p. 166.

¹⁹² As primeiras, teleologicamente dirigidas a dar ciência da demanda ao réu, possibilitando que tenha oportunidade de participar do contraditório; as segundas, destinadas a resguardar a eficácia dos meios executórios.

¹⁹³ “Processual Civil. Fraude à Execução. Réu não citado. Peculiaridade do caso concreto. Configuração. I - Comprovado que, ao tempo da escritura pública de dação em pagamento, a citação do réu não tinha sido efetuada em razão de dificuldades por ele criadas, e que ausência de bens para nomear à penhora, aliada à declaração do donatário ter pleno conhecimento do disposto na Lei 7.433/65, demonstrando estar ciente da situação pré-falimentar da devedora, é de se reconhecer a fraude à execução no caso específico. II - Recurso especial não conhecido” (REsp 173.369/SP, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 263)”.

¹⁹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de Execução*, op. cit., p. 108. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*, op. cit., p. 284. MENDONÇA LIMA, Alcides de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 507-508.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de, *Fraude à execução*, op. cit., p. 78-79; FUX, Luiz, *O novo processo de...*, op. cit., p. 94-95; CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 137; *et alii*.

¹⁹⁶ “Para configurar a fraude à execução, é necessário que a alienação do bem tenha se dado após ocorrida citação válida, não importando o tipo de ação proposta - se cautelar, cognitiva ou executória” (AgRg nos

o réu alienar seus bens para se furtar à caracterização da fraude à execução (submetendo o credor à via mais custosa e menos efetiva da ação pauliana, com todas as vicissitudes analisadas no presente estudo, para atingir o patrimônio alienado).

3.3.4 Alienação ou oneração de bens na pendência de demanda fundada em direito real sobre eles

A primeira modalidade de fraude à execução prevista no artigo 593 do Código de Processo Civil é justamente aquela que difere de todas as demais, por não atentar propriamente contra o direito de crédito ou contra a solvabilidade representada pela higidez da universalidade patrimonial do devedor. Tal espécie de fraude volta-se contra o próprio direito real discutido pelo autor da demanda (credor), sendo a sua repreensão, como ensina TEORI ALBINO ZAVASCKI, destinada a salvaguardar o direito de seqüela, próprio do direito real lesado pelo ato fraudulento¹⁹⁷.

Analizando o texto da lei, observamos que o inciso I do artigo 593 do Código de Processo Civil considera que a alienação de bens é cometida em fraude à execução “quando sobre eles pender ação fundada em direito real”.

Para compreender o significado de “ação fundada em direito real”, devemos atentar para o fato de que algumas classificações das ações, usualmente encontradas na doutrina e no cotidiano forense, “na verdade são classificações das pretensões, com base em dados do direito substancial”¹⁹⁸. No caso em testilha, com a mesma simplicidade (ainda mais evidente diante da clareza do dispositivo legal) – e sem necessidade de incursão na discussão sobre as espécies de ações – basta que o objeto da demanda em curso envolva algum direito real previsto na lei substancial (propriedade, superfície, servidões, usufruto, etc.) para que a alienação de bens pelo réu seja passível de ser caracterizada em fraude à execução. O entendimento tradicional, já consolidado

EDcl no REsp 649.139/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010).

¹⁹⁷ “o que se busca assegurar é o direito de seqüela, inerente ao direito real vindicado na ação, e daí por que a configuração da fraude independe do estado de insolvência do executado” (*Comentários ao Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 265). No mesmo sentido, THEODORO, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil...*, op. cit., p. 185.

entre nós, é de que pouco importa o direito real discutido pode ter por objeto tanto um bem móvel quanto um imóvel¹⁹⁹.

Da definição da hipótese legal, com fundamento na literalidade do dispositivo na parte em que fala “pender ação”, há quem sustente, como já expusemos, de que bastaria a existência de uma demanda em curso, sem a necessidade de citação, para a configuração desta primeira espécie de fraude à execução²⁰⁰ – embora, diante da interpretação acima exposta, concordemos com a opinião intermediária, como já nos manifestamos.

Feitas tais considerações, temos que a hipótese de fraude à execução prevista no inciso I é muito simples: ocorre sempre que a alienação se der quando já existir uma demanda fundada em direito real sobre o bem móvel ou imóvel alienado, sendo dita alienação ineficaz em relação ao processo em que discutido este mesmo direito real. Mais precisamente, ineficaz relativamente àquele em favor do qual for reconhecido o direito real discutido.

Nesse passo, ressaltamos a advertência de DINAMARCO de que, nesta modalidade específica de fraude à execução, a ineficácia atinge mais intensamente o ato, podendo, inclusive, esvaziá-lo por completo. Exemplifica o autor com a hipótese de alienação de um bem sobre o qual recaía o direito de propriedade discutido em determinada demanda: no caso de procedência da demanda, o direito de propriedade do autor há de prevalecer sobre o direito de propriedade daquele que o adquiriu a *non domino*²⁰¹. Nesse caso, não hesitamos em afirmar que a ineficácia da venda de quem adquiriu o bem a *non domino* é esvaziada por completo, já que se discutiu na demanda justamente a eficácia primária da alienação (transmissão da propriedade), sendo a permanência do bem à satisfação do processo executivo (eficácia secundária) decorrência automática da ineficácia primária do ato de alienação.

Um último tema a ser enfrentado nessa hipótese de fraude à execução diz respeito à discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade de registro da citação da demanda para a caracterização da fraude à execução relativa a bens imóveis.

¹⁹⁸ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 269.

¹⁹⁹ MARQUES, José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, vol. 4, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978, p. 48.

²⁰⁰ CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 132.

Tal discussão foi ocasionada à luz do artigo 167, inciso I, n. 21, da lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos)²⁰² – que elencou as “citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis” como fato a ser registrado no Registro Imobiliário – e do artigo 169 do mesmo diploma legal – o qual dispôs que “todos os atos enumerados no art. 167” da mesma lei “são obrigatórios”²⁰³.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial que acabou prevalecendo foi o da ausência de obrigatoriedade do registro para a configuração da fraude à execução²⁰⁴, sendo que a existência do registro apenas teria o condão de fazer presunção absoluta do conhecimento do adquirente sobre a demanda registrada²⁰⁵. O mesmo se diga com relação ao registro da demanda executiva previsto no artigo 615-A do Código de Processo Civil, como analisaremos com mais vagar abaixo.

A doutrina apenas se divide quanto à distribuição do ônus da prova a ser adotada na ausência do registro da demanda: parcela da doutrina, da qual são exemplos ARAKEN DE ASSIS e ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, entende que passa a ser ônus do credor exequente demonstrar o conhecimento da demanda; uma segunda parcela, da qual são partidários RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO DIAS e FREDERICO CAIS, entendem que permaneceria existente uma presunção de fraude a favor do credor, cabendo ao devedor o ônus de provar o desconhecimento da demanda²⁰⁶. A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça aliou-se ao primeiro entendimento, considerando ônus do credor exequente demonstrar o conhecimento da

²⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*, op. cit., p. 279 e ss.

²⁰² Esta é a redação atualmente vigente, sendo que idêntica redação já existia desde a redação original da lei n. 6.015, promulgada em 31 de dezembro de 1973, no artigo 168, inciso I, alínea “t”.

²⁰³ Aqui também houve modificação da redação original, que foi introduzida pela lei 6.216/75. Entretanto, não houve alteração quanto à obrigatoriedade de registro das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis.

²⁰⁴ MATTOS E SILVA, Bruno, *Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva* in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 47, IRIB, 1999, p. 129 e ss.;

²⁰⁵ CAHALI, Yussef Said, *Fraude contra credores...*, op. cit., p. 530 e ss.

²⁰⁶ Nesse sentido, ASSIS, Araken de, *Fraude à execução e legitimação do terceiro hipotecante* in *Lex: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, n. 116, 1989, p. 25, e *Manual da Execução*, 16ª ed., São Paulo, RT, 2013, p. 312; MENDONÇA LIMA, Alcides de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 461-462; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, *Fraude no processo civil*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 111; CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 145-147; *et alii*. Na jurisprudência, é até hoje paradigmático o recurso julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em 28/03/1980. Tratam-se dos Embargos em Ação Rescisória n. 732 (citado por CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 147; e CAHALI, Yussef Said, *Fraude contra credores...*, op. cit., p. 532).

demanda em que a citação do devedor-executado não foi realizada no competente registro imobiliário²⁰⁷.

Com as vicissitudes acima analisadas, concluímos que, para a configuração da fraude à execução na hipótese elencada no inciso I do artigo 593, é suficiente haver alienação de bens que são objetos de direitos reais discutidos em demanda em curso. A análise do elemento subjetivo será realizada abaixo, todavia, desde logo adiantamos o entendimento que vem prevalecendo sobre a necessidade de sua presença para a conformação da primeira modalidade de fraude ora analisada.

3.3.5 Alienação ou oneração de bens na pendência de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência

Aqui voltamos ao campo da proteção do direito de crédito e ao resguardo da garantia de solvabilidade representada pela universalidade patrimonial do devedor. Tal qual a fraude contra credores, esta modalidade de fraude à execução tem lugar quando são alienados bens que serão “objeto instrumental da execução”²⁰⁸, ou seja, não são propriamente os bens objeto do direito do credor, mas aqueles que podem ser executados para que o resultado de sua alienação possa ser utilizado para satisfazer o crédito a ser executado – trata-se de um dos meios executórios de sub-rogação que ARAKEN DE ASSIS denomina de expropriação²⁰⁹.

O inciso II do artigo 593 do Código de Processo Civil considera ato praticado em fraude à execução a disposição patrimonial “quando, ao tempo da

²⁰⁷ Recurso Especial nº 41.128/SP, julgado pela 4ª Turma, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, em 17/02/1998 (citado por ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, op. cit., p. 312). No mesmo sentido, mantendo o mesmo posicionamento: Recurso Especial nº 153.020/SP, julgado pela 4ª Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, em 11/04/2000, DJ 26/06/2000, p. 176.

²⁰⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de execução*, op. cit., p. 109.

²⁰⁹ *Manual da execução*, 16ª ed., São Paulo, RT, 2012, p. 158-160. Vale lembrar, como salienta o autor, que, desde a reforma do diploma processual de 2006, foi prestigiada a adjudicação como mecanismo de pagamento: “Para evitar, tanto quanto possível, a lenta e dispendiosa alienação em hasta pública, o art. 647, I, na redação da Lei 11.382/2006, situou a adjudicação como o primeiro dos meios expropriatórios. O art. 686, *caput* (“Não requerida a adjudicação...”), reforça a ideia. A adjudicação abandonou, portanto, o caráter subsidiário que lhe atribuía o direito anterior, quando só cabia no caso de frustração da alienação coativa”.

alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência”.

Em primeiro lugar, retomamos aqui a assertiva realizada de maneira genérica acima de que qualquer espécie de demanda apta a impor obrigação de pagar quantia certa ao réu pode fazer as vezes da demanda pendente mencionada no dispositivo legal ora analisado. Embora, via de regra, trate-se de demanda condenatória, qualquer espécie de demanda é potencialmente capaz de levar o réu à insolvência – sejam elas constitutivas, declaratórias, executivas ou mandamentais²¹⁰ – ainda que a ela chegue o réu em decorrência de sofrer condenação em pedidos acessórios (implícitos ou não) de índole processual²¹¹ (honorários advocatícios, demais ônus da sucumbência, multas punitivas, etc.), ou mesmo por conta de condenações subsidiárias (conversão em perdas e danos de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa)²¹².

Além de todas as sortes de demandas cíveis (dentre elas a demanda arbitral, que será nosso objeto de preocupação abaixo), a demanda penal também possui relevo no estudo da fraude à execução. Isso porque a condenação na esfera criminal faz surgir a pretensão de reparação civil, valendo a sentença penal condenatória como título executivo judicial civil (artigo 475-N, inciso II, Código de Processo Civil). A doutrina se divide entre aqueles que consideram a possibilidade de fraude à execução no curso da própria ação penal e aqueles que defendem que só haveria possibilidade de fraude à execução após o trânsito em julgado da demanda penal condenatória, momento a partir do qual seria possível executá-la no juízo cível²¹³.

Por fim, para concluir o tema, reiteramos nosso posicionamento sobre a possibilidade da demanda em curso ser de índole cautelar preparatória de outra na qual irá ser obtida a condenação de pagar²¹⁴.

²¹⁰ Sobre sentença mandamental cfr. MESQUITA, José Ignacio Botelho de, *A sentença mandamental* in *Revista do Advogado*, n. 78, p. 34–42.

²¹¹ MENDONÇA LIMA, Alcides de, *Comentários ao Código de Processo...*, op. cit., p. 507.

²¹² AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, *Fraude de execução*, op. cit., p. 24.

²¹³ Defendendo o primeiro posicionamento, FUX, Luiz, *O novo processo...*, op. cit., p. 99 e AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, *Fraude de execução*, op. cit., p. 23. Em prol da segunda posição, MENDONÇA LIMA, Alcides de, *Comentários...*, op. cit., p. 509.

²¹⁴ “Por demanda em curso entende-se aquela que possa produzir título executivo de obrigação de pagar. Se ela for precedida de ação cautelar, em cuja petição inicial fiquem indicados, como devem ser (CPC, art. 801, III), os termos e fundamentos de futura lide principal de natureza condenatória, conta-se de lá o período da fraude à execução” (ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao Código de Processo...*, op. cit., p. 270-271).

Um segundo ponto a ser tratado diz respeito ao estado de insolvência propalado no texto legal. Antes de tudo, vale reproduzir aqui recorrente advertência doutrinária sobre o fato de não ser propriamente *a demanda* que reduz o devedor à insolvência, mas o ato de alienação patrimonial praticado no seu curso, do qual resulta a ausência de solvabilidade do devedor no momento da execução forçada da condenação que lhe for imposta²¹⁵.

No mais, observa-se que, tal como na fraude contra credores, para a configuração da modalidade de fraude à execução ora analisada é necessário que o ato de disposição patrimonial acarrete a insolvência do devedor. A particularidade, segundo ensina DINAMARCO, é que, enquanto na fraude pauliana a insolvência deve ser demonstrada pelo autor da demanda, na fraude à execução o estado de insolvência é presumido a favor do credor exequente²¹⁶. Com razão, não há necessidade de prova cabal da insolvência, tampouco de sua declaração formal (que daria início à execução coletiva prevista no artigo 751, inciso III, do Código de Processo Civil), e, embora o ônus da prova permaneça com o credor, este último desincumbe-se facilmente dele na ausência de bens livres a serem penhorados (artigo 750, inciso I, Código de Processo Civil)²¹⁷, que dá lugar à presunção (relativa) da insolvência do devedor.

A última questão que merece ser tratada toca o ato de alienação. Tratando-se de bens imóveis, faz-se a ressalva da importância de se realizar uma interpretação estrita do artigo 1.245 do Código Civil – que considera transmitida a propriedade apenas por ocasião do registro do competente título translativo – sendo relevante considerar que apenas a partir do registro houve a transmissão da propriedade apta a caracterizar fraude à execução. Embora tal regra possa, ou mesmo deva, ser flexibilizada em prol da justiça material – na existência de prova a respeito da veracidade do título aquisitivo anterior, acreditamos ser de todo conveniente adotar

²¹⁵ CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 149. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, *Fraude de execução*, op. cit., p. 24.

²¹⁶ *Execução civil*, op. cit., p. 278. O autor chega a voltar atrás, diante das considerações de YUSSEF SAID CAHALI, para admitir a presunção de insolvência em favor do autor na ação paulina quando esta é proposta após o desenvolvimento de uma execução frustrada (Idem, p. 267, nota 63). Além de YUSSEF SAID CAHALI (*Fraude contra credores...*, op. cit., p. 199), HUMBERTO THEODORO JÚNIOR também compartilha o entendimento sobre a impossibilidade de impor ao autor da ação pauliana o ônus de demonstrar o estado de insolvência do réu, por se tratar de uma prova negativa (*Fraude contra credores...*, op. cit., p. 142). Sobre a discussão em torno do ônus da prova na ação pauliana, cfr. HANADA, Nelson, *Da insolvência e sua prova...*, op. cit., monografia dedicada ao tema. Tratando-se de fraude à execução, entretanto, não há dúvida de que a presunção de insolvência trazida pela ausência de bens penhoráveis localizados inverte o ônus da prova em benefício do credor exequente.

²¹⁷ ASSIS, Araken de, *Manual da Execução*, op. cit., p. 312-313.

como regra geral o registro no cartório de imóveis como marco para a fraude à execução, justamente para evitar que títulos translativos sejam maliciosamente antedatados a momento anterior à propositura da demanda cuja execução é frustrada pela alienação fraudulenta²¹⁸. Também consolidou-se entendimento de que terceiro compromitente comprador – ainda que o compromisso de compra e venda não tenha sido levado a registro – pode apresentar embargos de terceiro para defender-se da penhora do bem adquirido por conta de dívida do alienante (súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça²¹⁹).

Ainda sobre o ato de alienação, observa-se que no curso da demanda o devedor pode ter alienado diversos bens. A esse respeito, é aplicável à fraude à execução o mesmo quanto dito acima a respeito da fraude contra credores: deve haver nexo de causalidade entre o ato de alienação e a insolvência do devedor, devendo esta ter sido ocasionada diretamente por aquele. Assim, serão consideradas fraudulentas as alienações a partir das quais resultar a insolvência do devedor, sendo a constrição judicial realizada em ordem inversa, da última para a primeira, até a obtenção ao montante necessário para satisfação do débito²²⁰.

Feitos tais esclarecimentos, concluímos restar configurada a fraude à execução, nos termos do inciso II do artigo 593, sempre que algum bem for alienado, nas circunstâncias acima analisadas, no curso de uma demanda da qual advier provimento jurisdicional condenatório que venha a ser frustrado pela ausência do bem fraudulentamente alienado no patrimônio do credor. Também aqui adiantamos a desnecessidade de considerar o elemento subjetivo, que será analisado com mais vagar abaixo.

²¹⁸ “Trata-se de critério voltado à segurança jurídica, uma vez que as partes podem alterar a data do escrito ainda não levado a registro com o escopo de escapar da afetação gerada pelo processo” (FUX, Luiz, *O novo processo...*, op. cit., p. 98). O mesmo autor, entretanto, admite a prova da inexistência de fraude pelo adquirente que apenas veio a registrar o seu título aquisitivo após a existência do processo, asseverando que “a questão de justiça material supera a justiça meramente formal” (idem).

²¹⁹ “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro” (Súmula 84, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/06/1993, DJ 02/07/1993).

²²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários...*, op. cit., p. 272. No mesmo sentido, SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 76; e CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 152.

3.3.6 O mecanismo de reconhecimento da fraude à execução e as consequências do ato fraudulento

Enquanto a fraude contra credores é atacada pela ação pauliana ou revocatória, a fraude à execução é reconhecida automaticamente no processo de execução por ocasião da determinação da penhora. Nesse sentido, estatui a tradicional doutrina de LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA que a fraude à execução “não é senão a própria ação pauliana exercida diretamente, por via de penhora, independentemente do processo ordinário”²²¹.

Embora a concordância com a afirmativa acima dependa do entendimento acerca da identidade entre fraude contra credores e fraude à execução (já refutada acima), fato é que se consolidou a prática de reconhecer a fraude à execução automaticamente no curso da atividade executiva, independentemente de prévia demanda declaratória da ocorrência de fraude²²².

Isso ocorre justamente diante da maior gravidade da fraude à execução, modalidade qualificada de fraude que atenta não apenas contra o direito subjetivo do credor, mas também contra a efetividade da tutela jurisdicional estatal. Como já havíamos adiantado, LIEBMAN justifica neste último aspecto a reação mais enérgica da ordem jurídica contra o ato fraudulento, “sem necessidade de ação especial, visando destruir os efeitos prejudiciais do ato de alienação”²²³. Apoiado nas lições do mestre italiano, DINAMARCO aponta a fraude à execução como ato de *contempt of court*²²⁴ (artigo 600, inciso I, Código de Processo Civil)²²⁵ e, em razão da prescindibilidade de

²²¹ *Direito das coisas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos 1956, p. 453. A assertiva de LAFAYETTE é duramente criticada por AMÍLCAR DE CASTRO, para quem a penhora de bens alienados em fraude à execução não deve ser entendida como exercício da ação pauliana, ainda que tal ato equivalha ao exercício da execução da sentença proferida em sede de ação pauliana (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1983).

²²² CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 169. ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários...*, op. cit., p. 264. WINTER, Felipe Arthur, *Fraude à execução in Repro* n. 63, p. 184-189.

²²³ *Processo de execução*, op. cit., p. 108.

²²⁴ Sobre o tema Cfr. BUENO, Júlio César, *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.

²²⁵ “caracteriza-se a fraude à execução como ato de rebeldia à autoridade estatal exercida pelo juiz no processo, porque alienar bens na pendência deste e reduzir-se à insolvência significaria tornar inútil o exercício da jurisdição e impossível a imposição do poder sobre o patrimônio do devedor. Daí a repressão mais severa que lhe dirige a lei, a começar pela dispensa da fraude bilateral, passando pela presunção de insolvência e chegando até à possibilidade de pronta penhora, sem prévio reconhecimento jurisdicional da

prévio reconhecimento jurisdicional da fraude à execução, define a ineficácia dos atos de alienação eivados dessa modalidade de fraude como *originária* (em contraponto com a ineficácia *sucessiva* do ato cometido em fraude contra credores que o autor entende existir, a qual necessita ser declarada em prévia demanda prévia – a ação pauliana)²²⁶.

Acrescenta LUCON que o reconhecimento da fraude diretamente no processo de execução atende também o primado da celeridade²²⁷, que já integrava a garantia do devido processo legal (inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal) e foi explicitado como garantia autônoma pela Emenda Constitucional n. 45, que incluiu o LXXVIII no mencionado artigo 5º.

A possibilidade de constrição imediata dos bens alienados em fraude à execução é também sustentada na literalidade do artigo 592, inciso V, do Código de Processo Civil, já que este coloca desde logo os bens alienados em fraude à execução no âmbito dos bens sujeitos à atividade executiva²²⁸. Também prevalece entendimento de que o reconhecimento da fraude pode se dar *ex officio*²²⁹²³⁰.

Existe, assim, inversão da ordem natural de qualquer processo de conhecimento: alienado ou onerado bem em fraude à execução, esta será reconhecida automaticamente no processo executivo, com a expedição do mandado de penhora do bem alienado, como se a alienação não houvesse ocorrido. Para deferir a constrição do bem, o juiz apenas analisa os requisitos mínimos da fraude à execução – litispendência no momento da alienação e frustração dos meios executórios (ausência de outros bens penhoráveis localizados) – sendo que a análise exauriente da existência de fraude à execução somente virá a ser realizada por ocasião do julgamento de embargos de

fraude. Em suma: à maior gravidade da fraude de execução em confronto com a fraude pauliana corresponde a maior severidade com que a lei a sanciona” (*Execução civil*, op. cit., p. 278).

²²⁶ Idem, p. 177. *Fundamentos...*, p. 577.

²²⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro da penhora* in *Revista de Processo*, ano 25, n. 98, p. 163. A contraposição ao primado da celeridade, o reguardo da segurança jurídica, seria atingido com a defesa do terceiro adquirente pelo manejo de embargos de terceiro.

²²⁸ CAHALI, Yussef Said, *Fraudes contra credores...*, op. cit., p. 484.

²²⁹ Nesse sentido, OLIVEIRA, José Sebastião de, *Fraude à execução*, op. cit., p. 97; e, na jurisprudência, REsp 1252353/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 21/06/2013). Em sentido contrário, a defender a impossibilidade de reconhecimento da fraude *ex officio*, ASSIS, Araken de, *Manual...*, op. cit., p. 322.

²³⁰ Fazendo voz isolada em sentido contrário, SOUZA, Gelson amaro de, *Fraude de execução e o devido processo legal* in *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 766, p. 769-786. O autor afasta a possibilidade de reconhecimento *ex officio* da fraude e defende a necessidade de movimentação de demanda incidente declaratória de ineficácia previamente à constrição do bem alienado em fraude à execução, com

terceiro que eventualmente venham a ser propostos pelo terceiro adquirente do bem constricto²³¹.

Assim, a ineficácia originária da alienação apenas poderá ser desconstituída mediante a oposição tempestiva de embargos de terceiro, possuindo este o *ônus* de apresentá-lo, sob pena de tornar-se definitiva e inquestionável a ineficácia relativa decidida *incidenter tantum* pelo juízo da execução e definitiva a constrição judicial recaída sobre o bem. Por ocasião do julgamento dos embargos de terceiro, o juiz reconhecerá que a alienação foi efetivamente fraudulenta (embargos rejeitados) ou não (embargos acolhidos), ocorrendo, neste último caso, a liberação do ato judicial de sujeição²³². É, portanto, nos embargos de terceiro que se desenvolve o contraditório pleno e se realiza a cognição exauriente sobre a caracterização da fraude à execução.

Por fim, retomamos o quanto já foi adiantado acima a respeito da sanção imposta aos atos cometidos em fraude à execução, a *ineficácia*. Diferente da fraude contra credores, a doutrina é pacífica em considerar que o efeito do reconhecimento da fraude à execução é a ineficácia secundária relativa do ato de disposição patrimonial²³³, permanecendo o bem alienado ou onerado vinculado à satisfação daquela obrigação específica cujo cumprimento é objeto do processo de execução, ainda que referido bem permaneça em poder de terceiros²³⁴ – *ineficácia objetivamente parcial e subjetivamente relativa*²³⁵. No mesmo sentido, consolidou-se a jurisprudência de nossos tribunais²³⁶.

fundamento na necessidade de garantir a plena formação do contraditório e exercício da ampla defesa antes de ser declarada a existência da fraude.

²³¹ CAHALI, Yussef Said, *Fraudes contra credores*..., op. cit., p. 482 e ss.

²³² DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*, op. cit., p. 289.

²³³ Mesmo os civilistas defensores da anulabilidade dos atos cometidos em fraude contra credores, embora classifiquem como nulo o ato praticado em fraude à execução, parecem concordar com a relatividade dos efeitos da desconsideração do ato praticado em fraude à execução, para beneficiar apenas o credor exequente. Nesse sentido, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: “aquela [fraude à execução] torna nulo o ato, ao passo que esta [fraude contra credores], apenas anulável. A decretação da fraude de execução independe de revocatória. Os bens do executado continuam a responder pelas dívidas deste, como se nunca tivessem saído de seu patrimônio. No tocante ao reconhecimento da fraude contra credores, o reconhecimento dela depende do ajuizamento da ação revocatória. Esta última, uma vez reconhecida, aproveita indistintamente a todos os credores. A fraude à execução, ao contrário, aproveita apenas ao exequente” (*Curso*..., op. cit., p. 281).

²³⁴ Apenas para citar exemplos na doutrina sobre a ineficácia relativa do ato cometido em fraude contra credores, ASSIS, Araken de, *Manual*..., op. cit., p. 304; 22. MENDONÇA LIMA, Alcides de, *Comentários*..., op. cit., p. 496; ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários*..., op. cit., p. 264; FUX, Luiz, *O novo*..., op. cit., p. 92; *et alii*.

²³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos*..., op. cit., p. 575.

²³⁶ CAHALI, Yussef Said, *Fraudes*..., op. cit., p. 473-474, aponta uma plêiade de julgados nesse sentido. Apenas a título ilustrativo, trazemos um julgado mais recente proferido no Superior Tribunal de Justiça: “O reconhecimento da fraude à execução dá ensejo apenas à ineficácia do ato de alienação ou oneração

3.3.7 A relevância e o conteúdo do elemento subjetivo

Deixamos por último nossas reflexões sobre a relevância e o conteúdo do elemento subjetivo para a caracterização da fraude à execução, por se tratar de tema em que encontramos grande confusão doutrinária e jurisprudencial, que resulta na ausência de compreensão adequada da questão. Trata-se de um dos temas mais controvertidos e áridos a serem enfrentados no presente estudo. A análise do elemento subjetivo para a conformação da fraude à execução é, sem dúvida, o ponto que consideramos mais sensível para tratar desta modalidade de fraude no processo arbitral.

De início se faz necessário retomar a concepção doutrinária tradicional, que ecoa até os dias atuais, de que a fraude à execução também atentaria contra a própria efetividade da tutela jurisdicional estatal – havendo, desse modo, interesse do próprio Estado lesado pelo ato fraudulento. Tal linha de pensamento levou grande parte da doutrina a dispensar o elemento subjetivo para a caracterização da fraude, apoiada na maior gravidade da conduta fraudulenta. Nesse sentido, temos a lição de LIEBMAN de que “a lei dispensa a prova do elemento subjetivo da fraude, do *consilium fraudis*”, uma vez que “a intenção fraudulenta está *in re ipsa*”, já que “a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional”²³⁷.

Transcrevemos tais considerações, por terem sido repetidas de modo recorrente na doutrina mais autorizada²³⁸. Indo além, DINAMARCO chegou a defender que a bilateralidade da fraude – por parte do devedor alienante e do terceiro adquirente – não integraria a própria *fattispecie* da fraude à execução²³⁹. Dessa maneira, estaria configurada a fraude à execução com a simples alienação de bem pelo devedor que é

frente ao credor, de sorte que não determina o retorno do bem ao patrimônio do devedor. O negócio jurídico que fraudula à execução gera pleno efeito entre alienante e adquirente” (AgRg no AREsp 43.159/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 09/05/2012).

²³⁷ *Processo de execução*, op. cit., p. 108.

²³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários...*, op. cit., p. 261; OLIVEIRA, José Sebastião, *Fraude à execução*, op. cit., p. 74; MENDONÇA LIMA, Alcides de, *Comentários...*, op. cit., p. 539; FUX, Luiz, *O novo...*, op. cit., p. 95; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários...*, op. cit., p. 447.

²³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 294. Em momento posterior, o autor chega a considerar um posicionamento prevalente – que considera de cunho político – sobre a relevância do elemento subjetivo por parte apenas do terceiro adquirente.

rêu em processo de conhecimento ou execução, capaz de reduzi-lo à insolvência, independentemente da presença de qualquer elemento subjetivo²⁴⁰.

A partir daqui já se inicia a confusão doutrinária e, para esclarecê-la, desde logo nos valem as lições de YUSSEF SAID CAHALI. O autor observa, com absoluta razão, que a doutrina tradicional jamais excluiu o elemento subjetivo como integrante da fraude à execução. A ideia exprimida sempre foi a de que a intenção fraudulenta – sem deixar de ser ínsita ao conceito de fraude – seria presumida em caráter absoluto (presunção *jure et de jure*) a partir da alienação de bens na existência de demanda em curso, frustrados os meios executórios. Ocorrida nestas condições, a alienação acarretaria, *in re ipsa*, a presunção absoluta e irrefragável de fraude²⁴¹.

Toda presunção tem reflexo apenas no campo probatório – invertendo o ônus da prova (quando relativa) ou suprimindo a sua admissibilidade (quando absoluta) – sem que isso signifique a dispensa do elemento subjetivo. Assim, não se pode dizer que este foi dispensado para a conformação da fraude à execução, mas apenas que parcela da doutrina considerou desnecessária a sua demonstração, ou mesmo a inadmissibilidade de prova em contrário²⁴². Apoiados em tal raciocínio, ousamos discordar da opinião de que o elemento subjetivo não é integrante da *fattispecie* da fraude à execução, pois está ele intrinsecamente presente no próprio vocábulo fraude²⁴³,

²⁴⁰ No mesmo sentido DIAS, Maria Berenice: “despicienda a perquirição do elemento subjetivo do adquirente do bem, para que seja ignorado o negócio jurídico, no âmbito da demanda, uma vez que o instituto da fraude à execução tutela interesse público prevalente, de resguardo à própria justiça e respeito ao Poder Judiciário” (*Fraude à execução (algumas questões controvertidas)* in *Revista Ajuris*, n. 50, p. 81). MORI, Amaury Haruo, *Pressupostos...*, op. cit., p. 167.

²⁴¹ “Na realidade, quando Liebman refere-se que (na fraude à execução) ‘a intenção fraudulenta está *in re ipsa*’, simplesmente está reafirmando o dito que ‘a lei dispensa a prova do elemento subjetivo da fraude, do *consilium fraudis*’. Nem de modo diferente deve-se analisar a lição de PONTES DE MIRANDA e a jurisprudência que dela se aproveita. Pois, bem apreendidos tais ensinamentos, entende-se que, na *fraude à execução*, a lei, considerando o elemento subjetivo do *consilium fraudis* como estando *in re ipsa*, simplesmente *dispensa-lhe a respectiva prova*, na medida em que o faz *presumindo*, presunção talvez *iuris et de iure*. Essa presunção, no sentido de dispensa da respectiva prova, e não da dispensa propriamente do requisito, é reconhecida pela melhor doutrina” (CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 98).

²⁴² “Na fraude de execução não há necessidade de se provar o elemento subjetivo – o *consilium fraudis* – não porque este seja irrelevante. O ânimo fraudulento *se presume* na fraude de execução, o que é diferente de ser *desconsiderado*” (BAYEUX FILHO, José Luiz, *Fraude contra credores e fraude de execução* in *Revista de Processo*, n. 61., p. 251).

²⁴³ Como vimos acima, o próprio vocábulo fraude traz em si o conceito de malícia, de manobra ardilosa para prejudicar outrem. “Fraudar significa burlar, enganar, lesar. Quem fraudar, portanto, frustra ou inutiliza os projetos de alguém. O sentido literal do vocábulo serve para mostrar o que seja a fraude de execução, isto é, o ato de enganar o Estado em sua função de entregar a quem tem razão o bem da vida que lhe deva ser atribuído” (CARMONA, Carlos Alberto, *Código de Processo...*, op. cit., p. 1950). “Não se pode negar que as expressões ‘fraude’, ‘fraudar’, ‘fraude ao credor’ e ‘fraude à execução’ estão relacionadas ao comportamento reprovável, como ato espontâneo e voluntarioso de burlar a lei e frustrar

que etimologicamente significa engodo ou manobra maliciosa para prejudicar terceiros, como já adiantamos em capítulo anterior.

O conteúdo do elemento subjetivo, a exemplo do que ocorre na fraude contra credores, se circunscreve ao *consilium fraudis*²⁴⁴. Também aqui não se cogita do *concilium fraudis* (conluio fraudulento), cuja prova é de difícil realização, como toda demonstração de elementos psicológicos.

Também na fraude à execução a intenção fraudulenta – que não é dispensada – seria presumida pela demonstração da simples ciência (concreta ou potencial²⁴⁵) acerca dos fatos considerados relevantes. Na fraude contra credores, como vimos acima, é relevante demonstrar o conhecimento do adquirente sobre o estado de insolvência (*eventus damni*) ocasionado pelo ato de disposição patrimonial do alienante para caracterizar o *consilium fraudis*. Já na fraude à execução, a posição que parece prevalecer na doutrina e na jurisprudência é de que, para a caracterização do *consilium fraudis*, a demonstração sobre a ciência do estado de insolvência – frustração dos meios executórios – ficou relegada a segundo plano, sendo relevante e suficiente a demonstração do conhecimento da existência da demanda em curso – da *litispendência*, portanto²⁴⁶.

o recebimento de crédito por parte de quem tem um lídimo direito ao recebimento, evitar ou impedir a realização da execução e, com isso, obstruir a satisfação do direito de crédito reclamado” (SOUZA, Gelson Amaro, *Fraude à execução e...*, op. cit., p. 41).

²⁴⁴ Nesse sentido, SALAMACHA, José Eli, *Fraude à execução*, op. cit., p. 155-156; SOUZA, Gelson Amaro de, *Fraude à execução e...*, op. cit., p. 52. Alvino Lima falava na necessidade de demonstrar a *scientia fraudis* do terceiro adquirente (*A fraude...*, op. cit., p. 278-279).

²⁴⁵ Embora seja efetivamente entendimento majoritário a necessidade de demonstração da efetiva ciência (e não da potencial) – o que se observa na redação da súmula 375 do STJ e é constatado e criticado por RODOLFO DA COSTA MANSO REAL AMADEO (*Fraude de execução*, op. cit., p. 41 e ss.) – entendemos que é possível defender a demonstração do potencial conhecimento da demanda, como nos casos em que se toma a ausência de certidões obtidas pelo adquirente de bens imóveis como indício de seu potencial conhecimento da demanda (de acordo com entendimento jurisprudencial minoritário abaixo analisado – já que tinha como saber da existência delas com a obtenção das certidões usuais). Mesmo entre os precedentes paradigmas da súmula 375 encontramos entendimento que acena para a possibilidade de considerar apenas a potencialidade do conhecimento da demanda pelo adquirente: “Alienado o bem pelos devedores depois de citados na execução, e tendo os adquirentes transferido o imóvel a terceiro após efetivada a penhora, o reconhecimento da existência de fraude de execução na primeira alienação dependeria da prova de que a demanda reduziria os devedores à insolvência, e de que o adquirente tinha motivo para saber da existência da ação; na segunda, dependeria de registro da penhora ou de prova de má-fé do subadquirente. Isso porque, alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Art. 593 II e III do CPC. Precedentes do STJ” (REsp 123616/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 24/11/1998, DJ 01/03/1999, p. 306 - destaque não original).

²⁴⁶ Cfr. CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 682; SALAMACHA, José Eli, *Fraude à execução...*, op. cit., p. 155; AMADEO, Rodolfo da Costa manso Real, *Fraude de execução*, op. cit., p. 53 (este último autor critica o posicionamento jurisprudencial nesse sentido, por considerar que a exigência da efetiva

A prova do conhecimento da frustração dos meios executórios seria dispensada diante de uma presunção ocasionada pela prova da ciência da litispendência²⁴⁷ – já que a simples ciência da existência da demanda em curso implica no conhecimento da potencial frustração dos meios executórios a ser ocasionada pelo ato de disposição patrimonial, embora existam opiniões contundentes em sentido contrário²⁴⁸.

Por oportuno, também nos parece correta a conclusão de que a má-fé deve efetivamente ser bilateral, do devedor alienante e do terceiro adquirente, sendo necessário perquirir o conhecimento de ambos sobre a existência de uma demanda em curso no momento do ato de alienação²⁴⁹.

Em primeiro lugar, observa-se que mesmo os defensores da irrelevância de perquirição da má-fé do devedor alienante para a caracterização da fraude à execução²⁵⁰ não deixam de – acertadamente – tecer considerações sobre a necessidade de ciência deste último sobre a existência de uma demanda em curso. Todavia, travam

ciência da demanda seria dificultar o reconhecimento da fraude à execução em contraposição à fraude contra credores, já que nesta bastaria a *scientia fraudis*, caracterizada, na visão do autor, pelo potencial conhecimento da demanda em curso).

²⁴⁷ Não se quer dizer, com isso, que não possui o credor exequente o ônus de demonstrar o estado de insolvência (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Fraude à execução - parecer*, op. cit., p. 158). Apenas não há necessidade de demonstrar o conhecimento do terceiro adquirente acerca do estado de insolvência causado pelo ato de alienação. O entendimento jurisprudencial dominante considera apenas o conhecimento da litispendência como relevante para caracterização da fraude à execução. Entre os precedentes paradigmas para a elaboração da súmula 375, são nesse sentido: REsp 40854/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 12/08/1997, DJ 13/10/1997, p. 51594; REsp 66180/PR, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 27/04/1999, DJ 30/08/1999, p. 71; REsp 493914/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 08/04/2008, DJe 05/05/2008; e REsp 944250/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 264. Este último precedente chega a elencar como dois requisitos distintos a ciência da demanda pendente (*consilium fraudis*) e o fato de a alienação ter sido responsável pela insolvência: “Para que reste configurada a fraude à execução é necessário que: a ação já tenha sido aforada e que haja citação válida; que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque o exequente, por outros meios, provou que dela o adquirente já tinha ciência e a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a presunção *juris tantum*”.

²⁴⁸ Em sentido contrário, a exigir a demonstração da ciência da demanda em curso e do estado de insolvência ocasionado pelo ato de disposição patrimonial, SOUZA, Gelson Amaro de, que também exige a demonstração de um dolo específico de fraudar a execução: “Além da prova do conhecimento da demanda pendente e da insolvência do devedor alienante, necessária, ainda, a prova do elemento psicológico consistente na vontade (dolo) de fraudar a execução por parte, tanto do alienante, como do adquirente, para caracterizar o *consilium fraudis*” (*Fraude à execução e o ‘consilium fraudis’ in Revista Dialética de Direito Processual*, n. 75, p. 51).

²⁴⁹ Nesse sentido, AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, *Fraude de execução*, op. cit., p. 36 e ss.

²⁵⁰ A doutrina é recorrente nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto, *A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo in Revista Jurídica*, ano 48, n. 279, p. 16; CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 135; CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 682; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições...*, vol. 4, op. cit., p. 445; *et alii*.

esta discussão em torno da análise da conformação da própria litispendência que entendem relevante para configurar a fraude, mais precisamente quando se preocupam em determinar os seus efeitos em relação ao réu e a necessidade de sua citação ou não para a caracterização de fraude à execução.

Ora, falar na necessidade de citação ou de conhecimento do réu sobre a demanda pendente para a caracterização da fraude à execução equivale a restringir uma possível intenção de frustrar a atividade jurisdicional a partir da ciência, pelo réu, de sua existência²⁵¹. Fosse a fraude à execução puramente objetiva, alicerçada no interesse máximo de defender a higidez da prestação jurisdicional, não haveria a necessidade de exigir-se a ciência do devedor alienante para sua caracterização, vez que desde a apresentação da inicial, e antes da citação do réu, já existe processo pendente cuja execução é passível de ser frustrada objetivamente pela conduta deste último. Nessa ótica, entendemos cientificamente mais acertado o entendimento de que todo o raciocínio desenvolvido sobre a necessidade de conhecimento do devedor alienante sobre a demanda em curso deve ser categorizado como discussão em torno da exigência de *consilium fraudis* por parte do devedor alienante, embora a doutrina repita à exaustão que o único elemento subjetivo que interessa para a caracterização da fraude à execução seja o *animus* do terceiro adquirente, na contramão da jurisprudência que parece prevalecer no Superior Tribunal de Justiça²⁵².

A necessidade de perquirir sobre o elemento subjetivo do terceiro adquirente por vezes aparece na doutrina e na jurisprudência como uma preocupação de se proteger a boa-fé de terceiros, a qual é entendida como princípio jurídico tão relevante quanto aqueles informadores da repreensão dos atos praticados em fraude à

²⁵¹ Esse é o conteúdo que entendemos carreado nos seguintes dizeres: “reputa-se momento inicial do processo, para o fim de caracterização da fraude executiva, aquele em que é feita a *citação do demandado* e não aquele em que o processo tem início (propositura da demanda – *supra*, n. 405); só então ele fica ciente da demanda proposta, não sendo razoável nem legítimo afirmar uma fraude da parte de quem ainda não tenha conhecimento da litispendência instaurada (poderá sim, eventualmente, ocorrer a fraude contra credores)” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições...*, vol. 4, op. cit., p. 443) e “Em termos lógicos, o réu só pode cometer ato que objetive fraudar o processo se estiver ciente da existência desse mesmo processo, o que ocorrerá com a citação” (CARMONA, Carlos Alberto, *Código de Processo...*, op. cit., p. 1951).

²⁵² Como visto acima, prevalece neste tribunal o entendimento sobre a necessidade de citação válida para a verificação da fraude à execução. Não fosse suficiente, em um dos precedentes paradigmas da súmula 375 do STJ, lê-se claramente a exigência da bilateralidade da fraude: “A jurisprudência desta Corte Superior considera que ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*” (AgRg no REsp 1046004/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe 23/06/2008).

execução²⁵³. Contudo, nos parece que a exigência do elemento subjetivo – *consilium fraudis* – está na própria essência da fraude à execução, sendo desnecessário qualquer proteção à boa-fé de terceiros para justificar a necessidade de demonstração de má-fé.

Afirmada a necessidade da presença do *consilium fraudis* para a caracterização da fraude à execução, passamos à análise de sua prova, que é num primeiro momento determinada pela existência de uma presunção de fraude automática a partir da constatação da alienação de determinado bem no curso de uma demanda, frustrados os meios executórios. Tal presunção legitima a atuação imediata e automática do magistrado, que, com base nestes elementos, pode, durante a atividade executiva, decretar *incidenter tantum* a fraude à execução e determinar a consequente penhora do bem alienado fraudulentamente em poder de terceiro, como vimos acima.

Pela influência de corrente doutrinária mais antiga, tal presunção era entendida como *absoluta*, como visto alhures, inadmitindo prova em contrário. Tal entendimento restringia o objeto de cognição dos embargos de terceiro ao exame sobre a existência de demanda e sobre a frustração dos meios executórios. Logo, os fundamentos de defesa passíveis de serem apresentados se circunscreviam à discussão sobre a anterioridade da alienação relativamente à demanda e à existência de outros bens do devedor alienante para fazer frente à execução²⁵⁴.

Todavia, vimos também que a linha de entendimento que vem prevalecendo nos dias mais atuais considera tal presunção *relativa*²⁵⁵, admitindo prova em contrário por ocasião da apresentação de embargos de terceiro. Sendo relativa e

²⁵³ Falam na proteção da boa-fé de terceiros, entre tantos: CAIS, Frederico F.S., *Fraude de execução*, op. cit., p. 126 e ss.; THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Fraude à execução – parecer* in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano I, n. 5, p. 154; e SOUZA, Gelson Amaro de, que também fala da aplicação da teoria da aparência para justificar a proteção do terceiro de boa-fé (*Teoria da aparência e fraude à execução* in *Revista Jurídica*, n. 285, p. 61-68). Na jurisprudência: EREsp 144190/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 14/09/2005, DJ 01/02/2006, p. 427; REsp 739388/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 144; e AgRg no Ag 1225829/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 24/05/2010.

²⁵⁴ Também se admitia discutir a ausência de nexo de causalidade entre a alienação discutida e a frustração dos meios executórios, sob o fundamento de ter esta sido resultado de atos de disposição patrimonial posteriores (OLIVEIRA, José Sebastião de, *Fraude à execução*, op. cit., p. 107-109). Do que deriva o já mencionado entendimento o nexo de causalidade e sobre a necessidade de se atingir os bens alienados na ordem inversa à linha cronológica de alienação, partindo-se dos últimos para chegar aos primeiros.

²⁵⁵ “Em sede de fraude de execução, contudo, em função da própria natureza do instituto, que pressupõe a pendência de uma ação contra o devedor, capaz de reduzi-lo à insolvência, impõe-se reconhecer, à força de nossa tradição jurídica, pelo menos uma presunção de fraude, ainda que relativa (presunção juris tantum)” (CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 683).

admitindo prova em contrário, surge uma nova discussão a respeito da parte a quem a presunção aproveita, ou, em outras palavras, a quem a presunção aloca o ônus da prova.

Se num primeiro momento pode-se dizer a presunção milita em favor do credor exequente, permitindo a decretação automática da fraude e a penhora do bem de terceiro sem necessidade de prova robusta sobre o elemento subjetivo²⁵⁶, o manejo tempestivo dos embargos de terceiro traz a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do ônus da prova sobre a má-fé do terceiro adquirente, ou mesmo do devedor alienante²⁵⁷, já que é no âmbito da relação processual iniciada com a apresentação dos embargos de terceiro que será realizada a cognição exauriente a respeito dos pressupostos para a caracterização da fraude à execução.

Consolidou-se em nossos tribunais o entendimento de que a configuração da fraude à execução exige a demonstração da má-fé do terceiro adquirente, sendo alocado ao credor exequente o ônus de demonstrar a má-fé deste terceiro adquirente. Segundo tal entendimento, a necessidade de demonstração da má-fé do terceiro adquirente apenas seria dispensada com a existência de registro público da penhora²⁵⁸ que acarreta presunção absoluta de má-fé pelo terceiro adquirente (artigo 659, § 4º, Código de Processo Civil)²⁵⁹. O entendimento jurisprudencial majoritário foi sumulado

²⁵⁶ Na eventualidade de não serem manejados embargos de terceiros, consolida-se irrefragavelmente a presunção em favor do credor exequente.

²⁵⁷ O caminho natural para a análise da má-fé do devedor alienante é a exigência, pelo juízo da execução, da comprovação da citação válida ou do conhecimento da demanda antes de decretar a fraude à execução – o que, a nosso ver, não desnaturaria o conteúdo do ato como sendo uma perquirição acerca do elemento subjetivo. Isso porque, como vimos, tal fato é constitutivo do direito do exequente de obter a decretação *incidenter tantum* da fraude (incidindo, portanto, a regra geral veiculada no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil). Não obstante, a ausência de citação válida e o alegado desconhecimento do autor da demanda sobre a demanda cuja frustração deveu-se ao ato considerado fraudulento pode dar-se no bojo dos embargos de terceiros, permanecendo com o exequente o ônus de demonstrar tal fato (nesse sentido, AgRg no Ag 1298279/PE, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 03/02/2011).

²⁵⁸ Embora o entendimento sumulado refira-se apenas ao registro da penhora, já tivemos a oportunidade de demonstrar que a existência de outros registros também gera a presunção absoluta da má-fé do terceiro adquirente, vez que tais registros possuem o condão de fazer oponente *erga omnes* a publicidade do fato registrado – é assim no registro imobiliário da citação em demanda (artigos 167 e 240 da Lei de Registros Públicos) e no registro imobiliário da existência de demanda executiva (artigo 615-A, Código de Processo Civil).

²⁵⁹ O entendimento corrente é de que o registro da penhora apenas tem o efeito de tornar o ato oponente a terceiros, presumindo de forma absoluta o conhecimento de sua existência, sem que, com isso, desnature a dinâmica da fraude à execução: “as aludidas consequências, criadas pelo advento do artigo 659, §4º do Código de Processo Civil, e acima delineadas, em qualquer momento tiveram o condão de revogar o instituto da fraude à execução, disciplinado no artigo 593 do Código de Processo Civil (...) pode-se dizer que o registro da penhora de bem imóvel, em face de sua exigibilidade introduzida no sistema adjetivo em vigor, pela regra do aludido artigo 659, § 4º, passou a ser nada mais do que um pressuposto processual para o desenvolvimento regular da ação de execução e condição para a eficácia do ato da penhora perante terceiros, sendo essa, pois, a sua natureza jurídica” (BARROS, Luis Carlos de, *Da natureza do registro da*

no Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”²⁶⁰. Exigiu-se, portanto, como regra geral, a tormentosa demonstração – prova diabólica – da má-fé do adquirente.

Todavia, embora a jurisprudência majoritária fie-se no entendimento sumulado, os julgados divergentes à época de edição da súmula do Superior Tribunal de Justiça continuam a fazer eco nos dias atuais, tanto que pende de julgamento recurso especial repetitivo para quiçá rever o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça hoje sumulado²⁶¹. Tais julgados, longe de dispensar a presença da má-fé, apenas alocam de modo diverso o ônus da prova e consideram que a má-fé do terceiro adquirente é presumida em favor do credor exequente, impondo àquele o ônus de demonstrar a sua boa-fé²⁶².

A necessidade de inverter o ônus da prova e exigir do terceiro adquirente a demonstração de sua boa-fé é encontrada também na doutrina²⁶³, quando trata de bens imóveis, ao reconhecer o dever desse de demonstrar que adotou a cautela esperada do agente de mercado na aquisição do bem²⁶⁴. Mesmo DINAMARCO, defensor do caráter

*penhora de bem imóvel, mencionado no art. 659, § 4º do Código de Processo Civil, e da necessidade do mesmo para a concretização da penhora e tipificação da fraude à execução in Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 3, n. 2, p. 102-103). Nesse sentido, consolidou-se o entendimento de que o registro não consiste em ato integrativo da própria penhora, servindo apenas para gerar efeitos perante terceiros (BRENNER, Ana Cristina, A fraude à execução examinada a partir de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça in Repro 143, p. 199), in casu, a presunção absoluta de fraude à execução – como adiantamos acima, a doutrina, inclusive, entende ser uma modalidade mais grave de fraude, dispensando inclusive a demonstração da insolvência. Embora não sumulado, também prevalece o entendimento de que o registro público faz presunção da ciência sobre a existência do processo (artigo 615-A do Código de Processo Civil e artigos 167, inciso I, n. 21, e 169 da lei 6.015/73), como vimos em outra oportunidade. Sobre a evolução da jurisprudência de nossos tribunais cfr. CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 677 e ss.*

²⁶⁰ Súmula 375, aprovada em 18.03.2009 e publicada no DJe de 30.03.2009.

²⁶¹ Trata-se dos recursos especiais repetitivos nºs 773.643/DF, 956.943/PR e 1.112.648/DF, cujo julgamento se iniciou em março de 2010 e até a data de encerramento do presente trabalho ainda não havia se encerrado.

²⁶² Nesse sentido: REsp 655000/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/08/2007, DJ 27/02/2008, p. 189; e REsp 751.481/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/11/2008, DJe 17/12/2008.

²⁶³ Cfr. THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso...*, op. cit., p. 189-190.

²⁶⁴ “o estabelecimento da presunção *a benefício do credor* facilmente se justifica segundo as regras da experiência: ‘O adquirente de imóvel deve ter a cautela de obter certidão do Distribuidor Civil para saber se não há ação contra o alienante’; ‘nos dias de hoje qualquer pessoa medianamente sensata não adquire imóvel sem certidão dos distribuidores da Justiça’; assim, ‘se o imóvel foi vendido após a citação na execução e o comprador dispensou na escritura de compra e venda as certidões relativas ao vendedor (Lei 7.433/85), não pode alegar ser adquirente de boa-fé. Mas, *segundo*, revertido o ônus probatório, assegura-se ao adquirente a possibilidade de contraprova capaz de elidir tal presunção, com a demonstração de sua boa-fé, do justificável desconhecimento de que a aquisição feita ao devedor executado após instaurada a litispendência, o reduziria à insolvência. Não identificamos fundamentação convincente (se é que existe),

objetivo da fraude à execução, chega a reconhecer a necessidade de demonstração dessa boa-fé objetiva pelo terceiro adquirente, atribuindo isso, todavia, a uma escolha política de nossos julgadores²⁶⁵. Contudo, parece muito claro que exigir a demonstração de boa-fé equivale a considerar, na ausência desta, prevalente a presunção de má-fé.

A existência de registro imobiliário faz presunção absoluta *erga omnes* do ato registrado, no caso, o registro da citação (artigo 167, inciso I, n. 21, da lei 6.015/73), da existência da penhora (artigo 659, § 4º, Código de Processo Civil) ou de processo executivo²⁶⁶ (artigo 615-A, Código de Processo Civil) tem o condão de fazer presunção absoluta do conhecimento do terceiro adquirente e do devedor alienante sobre os fatos relevantes a caracterizar o *consilium fraudis*.

Interessante questão se liga à eficácia do registro imobiliário do protesto contra alienação de bens, hoje largamente admitido na jurisprudência do Superior Tribunal de justiça²⁶⁷, para a finalidade de prevenir a fraude contra credores. Embora exista recente precedente proferido nessa Corte Superior sobre a impossibilidade de reconhecimento da fraude à execução com fundamento apenas na existência de registro do protesto contra a alienação de bens – considerado fato que por si só não representaria demonstração inequívoca de má-fé²⁶⁸ – acreditamos ter razão o bem fundamentado

para a afirmação, no caso, de uma pretensa presunção de boa-fé ou inocência em favor do adquirente que terá deixado tomar, quando do negócio, as cautelas elementares devidas, beneficiando-o de sua própria omissão ou desídia” (CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 683-684).

²⁶⁵ *Instituições...*, vol. 4, op. cit., p. 445. Vale aqui, uma digressão para discordar de uma conclusão apresentada na sequência pelo autor: “Falar do conhecimento da litispendência pelo adquirente ou por aquele que recebe o bem em garantia real, como requisito para a configuração da fraude à execução, não significa incluir o *consilium fraudis* como pressuposto desta. Tem-se esse conluio malicioso, para os fins da fraude contra credores, quando o beneficiário do ato quer também, ou se presume que queira, em conjunto com o devedor alienante, produzir especificamente o estado patrimonial de insolvência deste (ou agravá-lo). Também para a fraude de execução a insolvência se exige mas não se exige que o adquirente tenha a vontade ou mesmo a consciência de estar concorrendo para gerá-la ou para agravá-la (*supra*, nn. 1.572 e 1.574); exige-se somente que tenha ou deva ter conhecimento *do processo*” (Idem). Ora, falar em *consilium fraudis*, como já tivemos a oportunidade de analisar, é falar em mera ciência de algum fato relevante (do estado de insolvência, na fraude contra credores; da litispendência, na fraude à execução), não havendo que confundi-lo com o *concilium fraudis*, este sim consubstanciado no conluio com propósito fraudulento.

²⁶⁶ Há vozes que defendem a aplicação analógica da norma para viabilizar o registro imobiliário da própria demanda de conhecimento, não apenas da executiva. Nesse sentido, cfr. BONICIO, Marcelo José Magalhães, *Apontamentos sobre a aparente necessidade de averbação para configuração da fraude de execução segundo as novas regras do art. 615-A do CPC* in CARVALHO, Milton Paulo de (Org.), *Direito processual civil*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 367-373.

²⁶⁷ Cfr. ERPEN, Décio Antônio, *Do registro do protesto contra a alienação de bens móveis e imóveis* in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 48, p. 223-232. Na jurisprudência, os seguintes julgados: REsp 695095-PR, EREsp 440837-RS, REsp 687300-RS, REsp 536538-SP, RMS 20304-MG, e EREsp 185645-PR.

²⁶⁸ EDcl no Ag 1299990/RJ, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/02/2013, DJe 22/02/2013.

acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que acabou sendo reformado²⁶⁹. Não temos dúvida de que, havendo demanda em curso, o registro do protesto contra a alienação de bens (dando conta deste fato) faz presunção absoluta de conhecimento do adquirente sobre a existência de demanda, sendo tal conhecimento suficiente para caracterizar o *consilium fraudis*, como já tivemos a oportunidade de expor.

Na ausência de registro imobiliário, entendemos ser, a princípio, sempre ônus do credor exequente demonstrar o *consilium fraudis* bilateral²⁷⁰, já que a existência deste é fato constitutivo de seu direito de ver decretada a fraude à execução e ter reestabelecido o vínculo do bem alienado fraudulentamente à satisfação de seu crédito postulado em juízo (valendo a regra geral do artigo 333, inciso I, Código de Processo Civil)²⁷¹. Alguns autores, entretanto, consideram que a presunção de má-fé do terceiro

²⁶⁹ Pela importância e clareza, transcrevemos os seguintes trechos do julgado: “Ocorre que dos grampos se observa, e isso é fundamental, que o apelante, antes da alienação do imóvel ocorrida em janeiro de 2000, levou a registro protesto contra a alienação de bens (em outubro de 1999), o que conduz ao acolhimento de sua pretensão de reconhecimento de fraude à execução e de declaração de ineficácia do negócio jurídico celebrado. Assim, merece acolhimento o argumento do recorrente quanto à presunção de má-fé da alienante pelo fato de ter vendido bem após o ajuizamento de ação ordinária e de citação em demanda cautelar de protesto contra a alienação de bens. O fato de o apelante ter procedido ao protesto contra a alienação de bens em outubro de 1999, conforme fl. 231 verso, ainda que não houvesse ação executiva em andamento e, portanto, de registro de penhora do bem que viria a ser alienado (penhora essa que veio a ocorrer oportunamente, quando já em curso a execução de sentença), é suficiente para a publicidade em face de terceiros sobre a (in)consistência jurídica na aquisição do bem que está a garantir futura realização de crédito. Nesse diapasão, é oportuno destacar que esta relatoria passou a adotar, no que pertine à fraude à execução, o entendimento esposado na Súmula 375 do STJ, a saber: ‘O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente’. Mas no caso em análise está presente o segundo requisito exigido para a configuração da fraude à execução, na medida em que, no momento da celebração do contrato de compra e venda, em janeiro de 2000, já constava na margem da matrícula do imóvel negociado o registro de protesto contra a alienação de bens, que se deu em outubro de 1999, tendo, assim, o apelado conhecimento presumido acerca da existência de gravame ao tempo do negócio celebrado, não podendo alegar ignorância ou desconhecimento do litígio em curso (...) Também é bom lembrar que mesmo a edição da Súmula 375 não fez desaparecer o exame – que esta Câmara sempre privilegiou – das características específicas do caso concreto, que deve, sim, reger o reconhecimento e/ou afastamento da fraude à execução. E, como já observado, havia registro na matrícula do imóvel precedendo à alienação, de protesto contra a alienação de bens que tem, como finalidade, exatamente informar terceiros acerca da situação litigiosa que pode atingir o imóvel” (TJSR, Décima Sétima Câmara Cível, Apelação n. 70030421119, Relatora Desembargadora Elaine Harzheim Macedo, j. 25/06/2009, DJ 08/07/09).

²⁷⁰ NUNES, Hélio da Silva, *Alienação de bem imóvel pendente demanda contra o alienante insolvente* in *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 123, p. 106-107.

²⁷¹ “Demonstrando o adquirente, em sede de embargos de terceiro, a falta de registro da penhora, cabe exclusivamente ao embargado-exequente provar, como imperativo de seu interesse, que tinha a parte contrária conhecimento da penhora por qualquer outro meio. Descumprido o ônus de provar tal fato, procedente será a demanda de embargos de terceiro” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Fraude de execução*..., op. cit., p. 173-174).

adquirente permaneceria beneficiando o credor exequente, imputando ao terceiro adquirente o ônus da prova de sua boa-fé²⁷².

Quando parcela da doutrina e da jurisprudência – com absoluta razão – consideram a existência de uma presunção a favor do credor exequente e o ônus do terceiro adquirente de demonstrar a sua boa-fé, exige, isto sim, que este demonstre a sua *boa-fé objetiva*, ou seja, que seguiu um determinado padrão de conduta e zelo que um homem médio empregaria para a conclusão de seus negócios – em se tratando de compra e venda de imóveis, o padrão esperado seria a exigência de certidões negativas de distribuidores nas comarcas do alienante e da situação do imóvel²⁷³. A exigência da demonstração de boa-fé objetiva pelo terceiro adquirente – entendimento que possivelmente passe a ser majoritário²⁷⁴ – é justificada pela aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, como ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁷⁵

²⁷² Nesse sentido, AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, *Fraude de Execução*, op. cit., p. 57. O autor defende uma duplicidade da incidência da regra geral da distribuição no ônus da prova. Antes de decretada a fraude à execução, seria ônus do credor exequente, no processo executivo, demonstrar a má-fé do terceiro adquirente como fato constitutivo de seu direito. Após a decretação desta, o raciocínio se inverteria, passando a ser ônus do terceiro adquirente (autor) demonstrar a sua boa-fé, colocada como fato constitutivo de seu direito de afastar o decreto de fraude à execução.

²⁷³ “Não basta a circunstância objetiva de que a alienação ocorreu no curso do processo. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto. Por exemplo, a aquisição de imóvel situado na mesma comarca em que tramita a execução, dispensando o comprador na escritura, contra os usos do comércio jurídico, as certidões negativas, principalmente a do distribuidor, constitui indício seguro de má-fé. O adquirente que não observa as cautelas usuais para não prejudicar terceiros há de arcar com as consequências da sua omissão” (ASSIS, Araken de, *Manual...*, op. cit., p. 318). “Contudo, se ação está em curso na comarca de situação do imóvel ou de residência do vendedor, constando o nome do vendedor como réu no cartório do distribuidor forense, não é possível afirmar que o comprador desconhecia a sua existência, pois bastaria buscar as certidões dos distribuidores cível, fiscal e trabalhista” (MATTOS E SILVA, Bruno, *Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva* in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 47, p. 134).

²⁷⁴ Nessa linha foi o voto da Ministra Nancy Andrighi nos recursos especiais repetitivos nºs 773.643/DF, 956.943/PR e 1.112.648/DF.

²⁷⁵ Transcrevemos as lições do jurista, por sua clareza e importância: “Segundo moderna teoria processual, a distribuição do ônus da prova prevista na sistemática ordinária do direito processual não pode ser invariavelmente feita, numa visão estática de absoluta rigidez. Conforme as particularidades da causa e segundo a evolução do processo, o juiz pode deparar-se com situações fáticas duvidosas em que a automática aplicação da distribuição legal do *onus probandi* não se mostra razoável para conduzi-lo a uma segura convicção acerca da vontade real. Num quadro como este, construiu-se a teoria da *distribuição dinâmica* do ônus probatório. Segundo esta nova concepção, o juiz deve imputar o encargo de esclarecer o quadro fático obscuro à parte que, na realidade, se acha em melhores condições de fazê-lo. Aplicação dessa teoria tem sido feita, nos últimos tempos, pelo STJ, em matéria de fraude de execução enquadrável no inciso II do art. 593 (...) Na hipótese, v.g., de aquisição de imóveis, é obrigatória a apresentação de certidões negativas de ações para a lavratura do ato notarial, de modo que, se isto não se realiza a contento, a falha é do adquirente que tinha condições e, até mesmo, o dever de se certificar das demandas pendentes contra o alienante, das quais poderia decorrer a sua insolvência, para os fins do art. 593, II, do CPC. Por isso, ao invocar a boa-fé para eximir-se das consequências da fraude de execução, o terceiro terá de demonstrar que, não obstante o zelo com que diligenciou a pesquisa e certificação da inexistência de ações contra o alienante, não chegou a ter conhecimento daquela que, *in concreto*, existia e, na realidade, acabou sendo fraudada. Não se trata de impor-lhe prova negativa em caráter absoluto, mas de exigir-lhe comprovação de quadro fático dentro do qual se possa deduzir, com razoabilidade, que não teve conhecimento da insolvência do alienante, nem tinha condições de conhecer a ação ou as ações

– já que é notoriamente mais fácil que o terceiro adquirente comprove ter adotado determinada conduta (ou seja, demonstrar a sua boa-fé objetiva) do que o credor exequente demonstre, por outros meios de prova, que aquele primeiro tinha conhecimento da demanda em curso (*consilium fraudis*).

Todavia, não acreditamos, com isso, ser correto impor indiscriminadamente ao terceiro adquirente o ônus de demonstrar a sua boa-fé, principalmente quando não existe, no caso da específica fraude, um padrão de conduta exigível (boa-fé objetiva) como ocorre no caso da compra e venda de imóveis. Inexistindo um padrão de conduta demonstrável pelo terceiro adquirente para comprovar a sua boa-fé objetiva, o raciocínio da carga dinâmica da prova²⁷⁶, a nosso ver, não justificaria a inversão do ônus probatório para retirar do credor exequente a necessidade de fazer prova acerca do fato constitutivo de seu direito, a existência do *consilium fraudis*, da má-fé do terceiro adquirente²⁷⁷. Assim, na ausência de um padrão comportamental – como no caso de aquisição de bens imóveis – permanece íntegra a regra geral que imputa ao credor exequente o ônus de demonstrar a presença do conhecimento pelo terceiro adquirente da demanda fraudada pelo ato de disposição patrimonial discutido²⁷⁸. Regra que também permanece intocada quando há

pendentes contra ele (...) A presunção geral de boa-fé é que restou abalada, pela imputação ao comprador do ônus, em caso de aquisição de imóveis [e não em toda e qualquer aquisição], de comprovar, objetivamente, que, sem embargo das cautelas dele exigidas por lei, não teve condições práticas de conhecer as ações e protestos que conduziam o alienante à insolvência, ao tempo da transferência” (*Curso...*, op. cit., p.189-190).

²⁷⁶ Sobre o tema Cfr. PEYRANO, Jorge Walter, *De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa* in *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 169-173.

²⁷⁷ Discordamos aqui de RODOLFO AMADEO, para quem sequer existiria uma real inversão do ônus da prova, já que pela interpretação da regra geral do artigo 333 do Código Civil caberia ao terceiro adquirente o ônus de demonstrar a sua boa-fé, como fato constitutivo do seu direito de desconstituir a penhora, por ser ele o autor nos embargos de terceiro (*Fraude...*, o. cit., p. 57). Como já expusemos, entendemos que a demonstração do *consilium fraudis* é sempre, a princípio, do credor exequente, por ser fato constitutivo de seu direito ao reconhecimento da fraude à execução, ainda que haja presunções em seu favor e que o contraditório pleno seja diferido para o momento da apresentação dos embargos de terceiro e que neste seja ele desenvolvido.

²⁷⁸ Nesse sentido, JOSÉ ELI SALAMACHA, ao afirmar que “haverá presunção relativa em benefício do credor (autor), podendo ser declarada de imediato a fraude à execução, se a demanda tramitar na mesma comarca em que se localizar o imóvel litigioso ou no domicílio do alienante, cabendo ao adquirente provar o contrário por meio dos embargos de terceiro (...) Se, no entanto, a demanda não correr na mesma comarca em que se localizar o imóvel objeto da alienação ou oneração, ou no domicílio do alienante, entendemos que a presunção relativa deva correr em favor do adquirente” (*Fraude de execução...*, op. cit., p. 163-164).

demonstração, pelo terceiro adquirente, que tomou todas as cautelas regulares prévias à aquisição²⁷⁹.

Por fim, vale aqui ressaltar as ocasiões em que a presença do próprio *consilium fraudis* é dispensada²⁸⁰. A exemplo do que ocorre na fraude contra credores, parece acertado entender a dispensa do elemento subjetivo quando se está diante de um ato de disposição patrimonial gratuito²⁸¹ – consequência da mesma regra geral de direito, mencionada por EDUARDO ESPÍNOLA, já exposta acima, segundo a qual “quem *certat de damno vitando* deve ser preferido a quem *certat de lucro captando*” – aquele que pretende evitar prejuízo deve ser preferido àquele que busca obter lucro²⁸².

Feitas tais reflexões, embora não concordemos integralmente com a assertiva inicialmente reproduzida sobre a figura da fraude à execução como especialização da fraude contra credores, examinando tal modalidade de fraude pela abordagem que parece prevalecer em nossa doutrina e jurisprudência, as duas figuras de fato se aproximariam, principalmente diante da exigência do elemento subjetivo (*consilium fraudis*) nas duas situações.

Também aceitamos em parte a assertiva de LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA de que a fraude à execução “não é senão a própria ação pauliana exercida diretamente, por via de penhora, independentemente do processo ordinário”, já que, efetivamente, a frustração prévia dos meios executórios e a presunção de existência do *consilium fraudis*, a exemplo da verificação deste último e do *eventus damni* na ação pauliana, são pressupostos da decisão que determina de forma automática, no processo ou fase de execução, desconsiderar a alienação tida por fraudulenta e penhorar desde logo o bem alienado – pressupostos que se tornam definitivos ou se arrastam para uma discussão mais aprofundada no caso de apresentação de embargos de terceiro, como já visto acima.

²⁷⁹ Com efeito, a apresentação das certidões competentes não faz prova absoluta da boa-fé do terceiro adquirentes, apenas devolvendo o ônus da prova de sua má-fé em sua integralidade ao credor exequente. Nesse sentido, REsp 751.481/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/11/2008, DJe 17/12/2008.

²⁸⁰ Além das modalidades de fraude à execução analisadas no presente capítulo, observamos que o artigo 185 do código Tributário Nacional estatui a presunção de fraude nas alienações realizadas após a inscrição na dívida ativa, o que, na letra da lei, dispensaria a má-fé (sendo esta presumida de modo absoluto - REsp 1347022/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 10/04/2013).

²⁸¹ CAHALI, Yussef Said, *Fraudes...*, op. cit., p. 99.

²⁸² Nesse sentido REsp 1252353/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 21/06/2013.

Assim, chegamos à conclusão de que, não obstante haja clara diferença entre os institutos da fraude contra credores, por todos os aspectos analisados acima, não se pode negar em absoluto uma semelhança ontológica entre os dois fenômenos.

De qualquer modo, antes de uma defesa do entendimento que acreditamos correto, essencial para o propósito do presente estudo confrontar as posições existentes e aqui abordadas e verificar a consequência de cada uma delas quando confrontadas com as características específicas do processo arbitral, como faremos oportunamente – já que, afinal, é este o nosso objetivo central.

4 A FRAUDE NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O tratamento legislativo da matéria ora discutida possivelmente será modificado com a aprovação do Projeto do Novo Código de Processo Civil, cuja atual redação (“texto base” do Projeto-lei nº 8.046/2010, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados) inclusive inclui no diploma processual normas acerca da fraude contra credores, matéria anteriormente tratada apenas no diploma material. A tabela a seguir mostra um comparativo entre os dispositivos legais atuais e as propostas legislativas em andamento (verificar tabela – Anexo).

A redação original do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas foi substancialmente modificada no Senado e, posteriormente, na Câmara dos Deputados, justamente naqueles pontos sensíveis acima analisados, sobre os quais existe divisão na doutrina e na jurisprudência.

Em relação à fraude contra credores, tentou inicialmente o Anteprojeto consolidar aquele entendimento *contra legem* – prevalente entre os processualistas e albergado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – sobre a sanção de ineficácia relativa ao ato inquinado desta modalidade de fraude. Contudo, no Senado Federal, a redação foi modificada para estatuir que o ato praticado em fraude contra credores deverá ser anulado, o que mais uma vez evidencia a intenção explícita do legislador – do nosso ponto de vista, criticável – de impor a sanção de anulabilidade aos atos maculados com este tipo de fraude.

Em se tratando de fraude à execução, observa-se que o texto sugerido deixou agora explícita a necessidade do elemento subjetivo para a configuração da fraude à execução, extirpando de vez aquele entendimento rançoso de que esta modalidade de fraude se caracterizaria *in re ipsa*, com a presunção absoluta de má-fé do adquirente. Foi discutida e modificada, entretanto, a alocação do ônus da prova. O Anteprojeto tentou, num primeiro momento, incorporar ao texto legal o entendimento jurisprudencial sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (súmula 375), ao estabelecer que, na ausência de registro público (da própria demanda ou de constrição judicial dela emanada) o ônus da prova da má-fé do terceiro adquirente seria do autor. No Senado, privilegiou-se o entendimento que leva em conta o raciocínio sobre a carga dinâmica da prova, sendo suprimida a necessidade de demonstração de má-fé do terceiro adquirente e incluído um parágrafo único que, na ausência de registro imobiliário, alocava ao terceiro adquirente o ônus de demonstrar a sua boa-fé objetiva, com a apresentação das certidões competentes. Por fim, na Câmara dos Deputados o parágrafo único foi desdobrado em outros parágrafos e, dentre outros temas, ratificou-se o entendimento sobre a alocação ao terceiro adquirente do ônus de demonstrar a sua boa-fé objetiva.

Interessante também notar que a redação final, após as modificações inseridas na Câmara dos Deputados, põe uma pá de cal na tradicional inversão do contraditório no reconhecimento da fraude à execução, que apenas poderá ser declarada após a intimação do terceiro adquirente para oferecimento de embargos no prazo de quinze dias. De qualquer modo, não foi suprimida a necessidade de apresentação de embargos de terceiro, sendo certo que neste se desenvolverá o contraditório pleno a respeito da existência dos pressupostos caracterizadores da fraude à execução. A solução proposta, todavia, pode gerar problemas quando se trata de uma cadeia de alienações, já que – ao menos no lapso de quinze dias, ou enquanto o terceiro adquirente se furtar da intimação (que neste caso deverá ser pessoal, já que não participa da relação processual originária) – não haverá nenhuma ordem de penhora inscrita no respectivo registro imobiliário a dar publicidade da discussão a terceiros, tampouco registro de demanda correndo contra o terceiro adquirente, pois a existência da demanda de embargos de terceiro (em que o terceiro adquirente é réu) apenas será registrada após a apresentação desta.

Por fim, quanto aos registros da penhora e da existência de demanda executiva, não se observa nenhuma modificação substancial no tratamento atual do tema

no Código de Processo Civil. Apenas extirpou-se qualquer dúvida a respeito da realização da penhora, que se dá com o a elaboração de termo nos autos, sendo o registro ato não integrante da própria penhora, destinado apenas a conferir publicidade. Também se exigiu o deferimento da petição inicial da demanda executiva antes da expedição de certidão para ser levada a inscrição no registro imobiliário.

5 FRAUDE À EXECUÇÃO E ARBITRAGEM

5.1 ARBITRAGEM: INTRODUÇÃO AO TEMA

Os meios alternativos de resolução de litígios – *Alternative Dispute Resolution* (na conhecida sigla em inglês, *ADR*) – são divididos entre autocompositivos e heterocompositivos²⁸³. A alternatividade refere-se ao Poder Judiciário, sendo tais mecanismos uma alternativa colocada àqueles que preferem solucionar seus litígios sem se utilizar da máquina judicial organizada pelo Estado.

A negociação, a mediação e a conciliação representam os mecanismos autocompositivos (ou consensuais), tratando-se de dois procedimentos ao final dos quais as partes alcançam uma composição a respeito da controvérsia que entre elas se instaurava. O meio alternativo heterocompositivo por excelência é a arbitragem, definida por CARLOS ALBERTO CARMONA como “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”²⁸⁴.

²⁸³ ROBERTO PORTUGAL BACELLAR – equivocadamente – divide os mecanismos alternativos de solução de controvérsias entre métodos adversariais e consensuais (*Mediação e Arbitragem*, São Paulo, Saraiva, 2012). Todavia, procedimento adversarial faria oposição a procedimento inquisitorial, e não a procedimento consensual, razão pela qual entendemos adequado falar em métodos heterocompositivos e autocompositivos.

²⁸⁴ *Arbitragem e Processo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 31. Vale aqui reproduzir a advertência do mesmo autor, de que uma leitura mais atual enxerga os mecanismos acima descritos como *adequados*, e não necessariamente *alternativos*: “Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os

Que a arbitragem é mecanismo heterocompositivo através do qual as partes submetem a resolução de determinadas (ou determináveis) controvérsias a um árbitro ou a um tribunal arbitral – através da celebração de uma convenção de arbitragem, gênero de que são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (artigo 3º da lei 9.307/96) – é fato já corriqueiro e que dispensa maiores reflexões para o objetivo do presente estudo²⁸⁵.

Situada a arbitragem como mecanismo paraestatal de solução de controvérsias, para começar a investigação sobre a existência do fenômeno da fraude à execução durante o desenrolar do procedimento arbitral, voltamos primeiramente nossos olhares para a natureza jurídica da arbitragem, com o intuito de investigar se nela efetivamente há exercício de jurisdição (ainda que de natureza privada); ou seja, se de fato existe um processo arbitral, no qual se apresenta uma demanda na acepção jurídico-processual do termo.

Embora o tema possa ser considerado vergastado – e aqui remetemos o leitor às considerações CARMONA a respeito do tom excessivamente acadêmico e pouco prático que adquiriu o debate sobre a jurisdicionalidade da arbitragem²⁸⁶ – é de especial relevância seja enfrentado no presente estudo, já que apenas poder-se-ia cogitar sobre fraude à execução na pendência de demanda arbitral com a certeza na premissa de que efetivamente existe um processo arbitral, no qual há exercício do direito de ação e no qual é aduzida uma de demanda, nas acepções em que tais vocábulos são utilizados nos incisos I e II do artigo 593 do Código de Processo Civil.

Sendo assim, dedicaremos os capítulos seguintes para, primeiramente, demonstrar a sustentabilidade de nossa premissa sobre o caráter jurisdicional da arbitragem e a efetiva existência de um processo arbitral para, na sequência, tentar estabelecer marcos processuais essenciais para a análise da fraude à execução – início do processo arbitral e momento a partir do qual devem ser considerados os efeitos da propositura da demanda. Ao final, analisaremos o tema da confidencialidade e do sigilo

métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação e conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos **adequados** de solução de litígios, não a métodos **alternativos**. Um sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto” (idem, p. 32-33).

²⁸⁵ Sobre a natureza e os efeitos da convenção de arbitragem para o processo arbitral cfr. GUERRERO, Luis Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, São Paulo, Atlas, 2009.

na arbitragem, pois tal característica (não essencial, mas usual no processo arbitral) pode se mostrar como um fator complicador (quicá impeditivo) para a configuração da fraude à execução na pendência de uma demanda arbitral, tornando necessária uma análise mais acurada das regras, princípios e entendimentos consolidados no processo estatal para a seara arbitral.

Antes, contudo, necessário esclarecer que o tratamento legislativo dos temas abordados no presente estudo não sofrerá, em princípio, modificações com a tramitação do Projeto-lei nº 406 de 2013 – encaminhado para votação à Câmara dos Deputados em 11 de fevereiro de 2014²⁸⁷ – que pretende modificar alguns dispositivos da atual lei de arbitragem (lei 9.307/96), razão pela qual, diferentemente do quanto realizado a respeito do Projeto do Novo Código de Processo Civil, apenas faremos referência a tal Projeto-lei quando necessário para destacar alguns temas pontuais.

5.2 REFLEXÕES ACERCA DA JURISDICIONALIDADE DA ARBITRAGEM E DO PROCESSO ARBITRAL: A VIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

De início, reproduzimos a advertência de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA de que estamos, no presente capítulo, a investigar a natureza jurídica da arbitragem, e não da convenção que a fundamenta – “ato que institui o procedimento arbitral”²⁸⁸. A natureza contratual da convenção de arbitragem já é lugar comum na doutrina e na jurisprudência, cuja constatação pode ser facilmente detectada no texto da lei de arbitragem²⁸⁹. Tal advertência inicial se faz importante diante da crítica de CARMONA aos adeptos da teoria contratualista sobre a natureza jurídica da arbitragem, por preocuparem-se excessivamente com a convenção de arbitragem para definir a natureza

²⁸⁶ *Arbitragem e processo*, op. cit., p. 27.

²⁸⁷ Texto disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=145044&tp=1>, acesso em 18/03/2014.

²⁸⁸ *Arbitragem*, Rio de Janeiro, 1997, Lumen Juris, p. 10.

²⁸⁹ O artigo 1º fala que a arbitragem pode ser utilizada pelas pessoas “capazes de contratar” e o Capítulo II trata dos termos em que é celebrada a *convenção* (termo que fala por si só) de arbitragem.

jurídica do próprio instituto, relegando a um segundo plano a análise da atividade dos árbitros e dos efeitos de sua decisão²⁹⁰.

Ao lado desta *teoria contratualista* (ou *privatista*), existe a *teoria jurisdicionalista* (ou *publicista*) da arbitragem. Em torno de tais teorias se polariza a maioria expressiva da doutrina. Os defensores da primeira teoria, fiados em conceito restrito de atividade jurisdicional (e voltando sua atenção mais para a origem da arbitragem – a convenção arbitral – do que para o processo que posteriormente se inicia nesta fundamentado), entendem ser a arbitragem um mero procedimento desenvolvido integralmente no universo contratual, tendo o laudo arbitral força de um contrato entre as partes. Alguns adeptos dessa primeira teoria chegam a tratar da arbitragem como *equivalente jurisdicional*²⁹¹. Do outro lado, os advogados da segunda corrente teórica vislumbram na arbitragem autêntico exercício de atividade jurisdicional, aplicando-se ao processo arbitral os mesmos princípios e garantias do processo estatal e valendo a sentença ao final prolatada como se de comando jurisdicional estatal se tratasse.

A discussão a respeito da natureza jurídica da arbitragem já se estende há décadas e a evolução do pensamento científico a respeito do tema andou em sintonia com a evolução do próprio conceito de jurisdição. Sendo assim, importante tecer comentários prévios acerca da evolução do conceito de *jurisdição* e, a partir daí, apresentar os argumentos que sustentam uma e outra posição para, ao final, demonstrar as razões pelas quais entendemos mais acertada a teoria jurisdicional da arbitragem, que atualmente é defendida pela maioria expressiva da doutrina processualista e arbitralista²⁹².

Tradicionalmente, por influência da doutrina italiana, a *jurisdição* foi vista entre nós como uma das facetas da soberania estatal. Por tal razão, o exercício do poder jurisdicional foi historicamente visto como monopólio do Estado, ficando a cargo

²⁹⁰ “O fato é que os autores do final do século passado e do início deste – especialmente os italianos – preocuparam-se sobremaneira com o contrato de compromisso, centrando ali suas preocupações. Assim, para os privatistas, a origem contratual da arbitragem era fundamental na qualificação de todo o instituto, ao passo que para os publicistas o problema estava em balizar, definir e especificar melhor a origem contratual da arbitragem, demonstrando ser fundamental o estudo do papel dos árbitros, suas funções e os efeitos da decisão deles” (*A arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 33).

²⁹¹ Na esteira das lições de CARNELUTTI (*Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. da 5ª ed. italiana por San Tiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1989, p. 110).

²⁹² Inevitável aqui adiantar a postura metodológica, proposta por DINAMARCO e aqui acatada, de que a arbitragem representa um “campo especialíssimo do direito processual, que é o *direito processual arbitral*”, daí a propriedade de se falar em *arbitralista*, expressão utilizada pelo autor (*A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 13).

exclusivo de seus órgãos (quase que exclusivamente integrantes do Poder Judiciário), possuindo o escopo exclusivo de realizar *in concreto* a vontade da lei, do direito material. A jurisdição e o processo eram, assim, vistos como mero instrumento para a realização do direito material ditado pelo Estado.

Tal linha de pensamento inspira-se na doutrina de CHIOVENDA e CARNELUTTI. O primeiro traz a definição de jurisdição como uma função estatal exercida com o *escopo de realizar concretamente a vontade do direito material*²⁹³; o segundo, foca a sua ideia de jurisdição no conceito de lide, encarando esta e o processo como atividade desenvolvida para *a sua justa composição*²⁹⁴. Chega CARNELUTTI a estatuir, dentro de sua visão de jurisdição como monopólio estatal, que a arbitragem seria um *sucedâneo da jurisdição* ou *equivalente do processo civil*²⁹⁵, o que chegou a ser repetido e defendido pela mais autorizada doutrina nacional.

Entre nós, PONTES DE MIRANDA²⁹⁶ e JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁹⁷ são expoentes da doutrina que predominava até meados do século passado. Este último chega a exteriorizar a opinião de que o princípio constitucional do juiz natural (artigo 141, § 4º, Constituição Federal) impediria que outros órgãos do próprio Estado e não integrantes do Poder Judiciário exercessem atividade jurisdicional. “Nem mesmo o chamado juízo arbitral” seria “uma exceção a esse princípio”²⁹⁸.

²⁹³ Colocando-a como uma “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, já no afirmar a existência da lei, já no torná-la, praticamente efetiva” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, trad. J. Guimarães Menegale, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 82).

²⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. da 5ª ed. italiana por San Tiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1989, p. 27 e ss. O jurista qualifica a lide, em fórmula consagra e repetida à exaustão entre os processualistas, como “*um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida (discutida)*”. O conflito de interesses é o seu elemento material, a pretensão e a resistência são seus elementos formais” (trad. livre, p. 28).

²⁹⁵ Idem, p. 59 e ss. 61 e ss.

²⁹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I*, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 99 e ss.

²⁹⁷ “Essa função de julgar a lide ou pretensão, dando a cada um o que é seu, constitui a *jurisdição*. No Estado moderno, ela é atribuída a órgãos do poder público (ela é, como vimos, a atividade específica do Judiciário) e figura, na doutrina tradicional, ao lado da legislação e da administração, como uma das funções fundamentais da vida estatal” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, trad. J. Guimarães Menegale, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 213).

²⁹⁸ Na visão do renomado processualista, apenas em casos estreitíssimos o exercício da jurisdição seria confiado a outros órgãos que não o Judiciário, ainda assim, necessariamente estatais, dada a característica de atividade pública da jurisdição: “A jurisdição, o Estado moderno, é atividade pública; não mais existem jurisdições atribuídas a entidades privadas. Por outro lado, é essa função, atualmente, no direito brasileiro, monopólio do Poder Judiciário, a não ser nos casos estritíssimos das atribuições anômalas, de caráter jurisdicional, conferidas a órgãos não-judiciários” (idem, p. 215).

A visão de jurisdição enquanto uma das manifestações da soberania estatal também reverberou na doutrina processualista nacional mais recente. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, em consagrada obra na qual sistematizaram uma teoria geral do processo, definem jurisdição como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. Continuam os eminentes processualistas, deixando evidente o resquício da forte influência que receberam da doutrina tradicional acima apontada, que “essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado”²⁹⁹.

A obra de DINAMARCO sobre a instrumentalidade do processo representou importante marco para a oxigenação dos conceitos tradicionais e fixação novas perspectivas a respeito da jurisdição, sintetizando as novas ideias que vinham surgindo a respeito do processo. Passou o processualista a examinar o processo pelo “ângulo externo, ou seja, a partir da prévia fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele [o processo] há de estar permanentemente comprometido”³⁰⁰. Dentro de sua proposta de lançar os olhos aos desígnios almejados com a técnica processual, DINAMARCO apontou quais seriam os escopos da jurisdição, sendo eles *sociais*, *políticos* e *jurídico*.

Nessa ótica instrumentalista, o objetivo de realizar o direito material com a justa composição da lide (perspectiva tradicional acima apontada) passou a ser apenas um, dentre os demais escopos da atividade jurisdicional, o escopo *jurídico*³⁰¹. Ao lado do escopo jurídico, estariam os escopos *sociais* – pacificar com justiça e educação – e os *políticos* – missão de, através do processo, reafirmar e realizar as escolhas políticas da sociedade.

²⁹⁹ *Teoria geral do processo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 145. *Teoria geral do processo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 155. Os autores mantiveram a mesma definição de jurisdição contida nas edições anteriores, quando não consideravam o caráter jurisdicional da arbitragem.

³⁰⁰ *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, RT, 1987, p. 9.

³⁰¹ O jurista ressalta que “a perspectiva estritamente jurídica processual constitui reflexo do segundo momento histórico da sua ciência, consistente na afirmação da autonomia conceitual e metodológica e aprimoramento interno do sistema”, para ele, “das posições [então] assumidas, a mais puramente jurídica foi a de Chiovenda, ligando o processo à vontade do direito substancial e não lançando as vistas à realidade subjacente a ele; a de Carnelutti, embora propusesse um resultado jurídico (a composição da lide), partia de um dado sociológico, que é a lide” (*A instrumentalidade...*, op. cit., p. 246-247).

A nova perspectiva externa de DINAMARCO sobre o processo, que lança seus alicerces no direito processual-constitucional, possibilita conceituar o processo e a atividade jurisdicional sob o ponto de vista de seu escopo ou resultado, ampliando a perspectiva conceitual da jurisdição para abarcar toda a atividade desenvolvida sob certas premissas e com os escopos acima apontados, característicos e ao mesmo tempo definidores da atividade jurisdicional.

Todavia, mesmo diante das considerações acerca dos demais escopos do processo e da atividade jurisdicional, persistem posições, como a autorizada doutrina de BEDAQUE, a defender a prescindibilidade de todos eles para a definição de jurisdição, que, na visão do jurista, deve continuar sendo conceituada exclusivamente pelo seu escopo jurídico, como uma das facetas da soberania estatal e como mecanismo cujo objetivo é realizar concretamente o direito material³⁰².

Apoiados nessa visão estritamente jurídica de jurisdição, alguns renomados processualistas e arbitralistas até os dias de hoje defendem a inexistência de exercício de jurisdição através da arbitragem. Dentre os processualistas, assim se colocam BARBOSA MOREIRA, ZAVASCKI, MARINONI e ARENHART. O primeiro mantém-se fiel à concepção de que a arbitragem, embora se aproxime do processo estatal, não teria caráter jurisdicional, colocando-se como alternativa ao processo³⁰³. A seu turno, ZAVASCKI, nega o caráter jurisdicional da arbitragem com o propósito específico de negar a possibilidade de fraude à execução na pendência de procedimento arbitral³⁰⁴.

³⁰² “para a caracterização de jurisdição, não é insuficiente considerar apenas o escopo jurídico desse instituto. Escopos sociais e políticos são meras consequências da correta incidência da regra de direito material. Na medida em que a lei representa a vontade social, atuada ela no caso concreto haverá pacificação com justiça. Estará afirmada a autoridade do Estado. Além do mais, colocar a participação e a educação como escopo político e social da jurisdição significa superdimensioná-la, em detrimento das funções legislativa e executiva, a quem competem tais atribuições” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 31). Também comungam da opinião de que jurisdição é poder estatal OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA e FÁBIO LUIZ GOMES, *Teoria Geral do Processo Civil*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2010, p. 68; e ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, 11ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 171 e ss.

³⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Privatização do processo?* in *Temas de direito processual*, 7ª série, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 11.

³⁰⁴ “Nem se poderia, mediante lei ordinária, igualar ato privado com ato de jurisdição, já que isto importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição (art. 5º, XXXV)” (ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 185).

MARINONI e ARENHART, do mesmo modo, se apegam ao conceito clássico de jurisdição para negar a jurisdicionalidade da arbitragem³⁰⁵.

Na doutrina italiana mais recente, SERGIO LA CHINA e ELIO FAZZALARI, embora reconheçam a extrema proximidade da arbitragem com o processo estatal, também são expoentes da parcela da doutrina que continua negar a natureza jurisdicional do instituto. SERGIO LA CHINA lança suspeitas sobre a jurisdicionalidade da arbitragem ao apegar-se ao conceito de jurisdição enquanto exercício de soberania – monopólio estatal, portanto – e defender a natureza contratual do instituto. Chega o autor, embora reconheça que a função do árbitro possui natureza pública, a equiparar o laudo arbitral e os seus efeitos a um contrato³⁰⁶. Já ELIO FAZZALARI, não obstante aborde a arbitragem dentro da teoria geral do processo, só o faz por conta de uma amplíssima e exagerada visão do universo desta teoria³⁰⁷, sem considerar o seu caráter jurisdicional. Tal jurista conceitua a arbitragem como uma espécie de “justiça cognitiva privada”³⁰⁸. O laudo arbitral se diferenciaria da sentença estatal uma vez que apenas esta seria munida de império, sendo relegada ao laudo arbitral uma eficácia “não autoritativa”. Apenas com a homologação ao laudo arbitral – quando ainda era exigida – ser-lhe-ia atribuída a eficácia substancial própria da sentença estatal, passando este a possuir os atributos de imperatividade e de “coisa julgada”³⁰⁹.

Entre os arbitralistas nacionais, negam a natureza jurisdicional da arbitragem, entre outros, ROBERTO PORTUGAL BACELLAR e ALEXANDRE FREITAS

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Procedimentos especiais*, São Paulo, RT, 2009, p. 344 e ss.

³⁰⁶ “Il prodotto finale della loro libertà esercitata nel campo del rendere giustizia rifluisce poi, necessariamente, nell’ordinamento generale, che l’arbitrato non è un modo di estraniarvisi ma di restarvi utilmente inseriti; e la legge riconosce al lodo realtà giuridica immediata come ad un contratto, ad una delibera societaria, ad un vincolo ipotecario – come ad un qualunque operare conforme ai suoi schemi –, e gli può accordare, sia pure per la via più lunga del decreto pretoriale, esecutività così come può averla un rogito notariale od una cambiale, e lo inserisce nell’articolata disciplina del rendere giustizia, al primo livello e con possibili ulteriori percorsi per la via delle impugnazioni, come un provvedimento e decisione perfetta e vincolante; si che riassuntivamente può dirsi che l’attività degli arbitri è esercizio privato di una funzione di giudizio e giustizia, di generale e pubblica utilità” (LA CHINA, Sergio, *L’arbitrato, il sistema e l’esperienza*, Milão, Giuffrè, 1995, p. 13-14).

³⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A arbitragem...*, op. cit., p. 23.

³⁰⁸ Expressão alcinhada por CARREIRA ALVIM, *Comentários à lei...*, op. cit., p. 27-28.

³⁰⁹ “Comunque, ove mai quell’assunto fosse fondato, esso non legittimerebbe la prestesa ‘natura’ giurisdizionale del lodo, giacché sentenza e lodo resterebbero, pur sempre, atti di fonte e di efficacia diverse: la sentenza promana dalla sovranità dello Stato ed è, perciò, munita d’imperio; il lodo discende dall’investitura dei privati e svolge efficacia non autoritativa. É l’omologazione che importa il potenziamento del lodo (meglio: della sua efficacia sostanziale), al quale conferisce gli attributi propri della sentenza dello Stato: la imperatività; l’autorità di giudicato” (*L’arbitrato*, Turim, UTET, 1997, p. 19).

CÂMARA. Este lança o argumento de que as atividades dos juízes estatais e dos árbitros, embora semelhantes, não devem se confundir, já que um exerce poder jurisdicional e outro poder decisório convencional³¹⁰. Aquele chega a reconhecer a existência de um processo arbitral e o caráter público da atividade desenvolvida pelo árbitro, entretanto, apegado ao restrito conceito de que atividade jurisdicional é atribuição exclusiva do Estado, acaba por excluir o caráter jurisdicional da arbitragem, propondo que esta deveria ser classificada como um *processo paraestatal*³¹¹.

Parece-nos, entretanto, não estar com razão a parcela da doutrina que insiste em negar o caráter jurisdicional da atividade exercida pelo árbitro. Inúmeras são as razões para considerar que através da arbitragem há legítimo exercício de atividade jurisdicional.

A primeira delas decorre de um aspecto histórico mencionado por CARMONA evidencia o acerto em qualificar a atividade do árbitro como jurisdicional. Ao investigar a natureza jurídica do ato de homologação do laudo arbitral, CARMONA demonstra que mesmo no sistema de homologação obrigatória já existia caráter jurisdicional inequívoco na atividade do árbitro³¹², vez que historicamente a natureza jurídica da atividade de homologação consistia em mero ato de oficialização³¹³. Para tanto, o autor se utiliza das lições de GUIDO ZANOBINI, para concluir que a homologação da sentença arbitral “não passaria de um simples visto para a concessão do *exequatur*, de natureza meramente administrativa”³¹⁴, já que “é na função intelectual que se concretiza o poder jurisdicional, e tal função é exercida apenas pelo árbitro, e não pelo juiz que homologa a decisão arbitral”.

No mesmo sentido, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA já reconhecia o caráter jurisdicional da atividade do árbitro, ainda que a considerasse incompleta diante

³¹⁰ BACELLAR, Roberto Portugal, *Mediação e arbitragem*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 101-102.

³¹¹ FREITAS CÂMARA, Alexandre, *Arbitragem*, Rio de Janeiro, 1997, Lumen Juris, p. 10.

³¹² Também defendia o caráter jurisdicional da arbitragem, mesmo com a necessidade de homologação da sentença arbitral, FURTADO, Paulo, *Juízo arbitral*, 2ª ed., Salvador, Nova Alvorada, 1995, p. 39 e ss.

³¹³ *Arbitragem e processo*, op. cit., p. 272 e ss. *A arbitragem no processo civil...*, op. cit., p. 115 e ss. O autor critica a posição de Chiovenda, avalizada por Carnelutti, de que a sentença arbitral seria um ato jurídico complexo com a integração do laudo arbitral à sentença homologatória estatal, bem como a posição de Calamandrei de que haveria, na arbitragem, uma “preparação privada da sentença” a ser posteriormente prolatada em juízo estatal.

³¹⁴ *L'Esercizio Privato delle Funzioni e dei Servizi Pubblici*, Milão, 1920, p. 349, apud. CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo*, op. cit., p. 273.

da necessidade de homologação no sistema jurídico então vigente³¹⁵, pois, através da decisão arbitral é que o “direito é dito”³¹⁶ – lembrando que a origem etimológica da palavra jurisdição vem do vocábulo latino *jurisdictio*, formado das expressões *jus dicere* e *juris dictio*³¹⁷, que em tradução livre significa “dizer o direito”.

Uma segunda razão para corroborar a tese da jurisdicionalidade decorre da constatação de que *na arbitragem se desenvolve procedimento em contraditório ao final do qual há uma decisão imperativa para as partes antagônicas*, estando presente o binômio *procedimento-contraditório* pelo qual o próprio ELIO FAZZALARI – que discorda da jurisdicionalidade da arbitragem – qualifica o processo³¹⁸, bem como o exercício de *poder*, sendo a decisão final do árbitro ou dos árbitros obrigatória e vinculativa, tal qual a decisão do juízo estatal.

Nesse ponto, citamos as considerações de CARLOS ALBERTO SALLES em sua tese de livre-docência, na qual defendeu a necessidade de ampliação do conceito de jurisdição e sugeriu que esta fosse definida a partir do conceito de poder, colocando em seu núcleo a *capacidade de decidir imperativamente controvérsias*³¹⁹.

Não há dúvida de que tal capacidade é conferida aos árbitros. O *poder* exercido pelo árbitro de ditar imperativamente sua decisão foi analisado por CARMONA, concluindo este que a atividade do árbitro em nada se diferenciaria daquela desenvolvida pelo juiz estatal. Afirmou o autor que, tal como o juiz estatal, ao exercer sua função o árbitro estaria preenchendo os escopos jurídico, políticos e sociais do processo e que a ausência de força (*coertio*) do árbitro para a realização prática de sua decisão não desqualificaria a imperatividade de sua sentença – com força análoga à

³¹⁵ O que também é coerente com a sua visão sobre o monopólio estatal da jurisdição, defendendo o autor a necessidade de “interferência do Estado, por intermédio de seu representante, que é o juiz” para “a eficácia da decisão arbitral” (*Direito processual civil*, São Paulo, José Bushatsky, 1977, p. 278).

³¹⁶ “O fato de os árbitros serem investidos por ato particular das partes não tira à sua atividade o caráter de jurisdicional, porque o “direito é dito”, o conflito de interesses é solvido e a lei é aplicada por via de decisão de particulares” (idem, p. 279).

³¹⁷ SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 897.

³¹⁸ *Instituzioni di diritto processuale*, 5ª ed., Pádua, CEDAM, 1989, p. 28 e ss. Comungam dessa opinião, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Arbitragem...*, op. cit., p. 51; CARMONA, Carlos Alberto, *A arbitragem no processo civil...*, op. cit., p. 34, que agrega a imparcialidade como característica inerente ao conceito de processo, também de cunho obrigatório na arbitragem; e PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Processo arbitral...*, op. cit., p. 90, que adiciona ao conceito de processo o caráter público e contínuo da relação jurídica processual.

³¹⁹ *Arbitragem em contratos administrativos*, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 89. Livro surgido da tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo intitulada *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública*.

sentença declaratória ou condenatória proferida em sede estatal³²⁰. Tais considerações foram realizadas mesmo antes da edição da lei 9.307/96 – à época em que no direito pátrio era necessária a homologação de sentença arbitral para que esta surtisse os mesmos efeitos que a sentença estatal – já que, na visão do renomado arbitralista, a atividade homologatória era meramente de delibação formal, competindo ao magistrado, no juízo homologatório, estritamente “aferir a regularidade do compromisso e do laudo”³²¹.

Também DINAMARCO reconhece o poder exercido pelo árbitro no processo arbitral, destacando-o como elemento determinante para qualificar a arbitragem como processo (e não apenas como procedimento), bem como para tornar imperativa a observância das garantias constitucionais do processo na arbitragem, já que o cerne destas últimas seria justamente a criação de um sistema de limitação ao exercício do poder (o devido processo legal)³²². O autorizado processualista, em outras oportunidades (ainda quando sustentava a natureza *parajurisdicional* da arbitragem) já havia manifestado seu entendimento de que a atividade do árbitro, embora não exercida com o escopo jurídico de dar concretude aos preceitos legais, era imbuída de outros escopos comuns ao processo³²³.

Além da constatação do exercício do procedimento e do poder, o recurso a um novo e ampliado conceito de jurisdição é também determinante para corroborar a natureza jurisdicional da arbitragem³²⁴. KAZUO WATANABE, em ferrenha crítica ao

³²⁰ *A arbitragem no processo...*, op. cit., p. 33-37. “No chamado processo declaratório, a força (poder) do Estado é visível de forma mais tênue: o juiz declara qual a norma incidente sobre uma dada relação jurídica e cessa aí sua atividade. A decisão tomada pelo juiz vincula as partes, que não a podem ignorar, sendo impossível a propositura de nova demanda acerca da mesma matéria, eis que os efeitos da sentença tendem à imutabilidade. Não é diverso o fenômeno, se avaliado em relação à arbitragem: o árbitro, investido do poder de decidir, também percorrerá o mesmo caminho, e os efeitos da decisão, vinculativos para as partes, serão ou não idênticos aos da sentença estatal, de acordo com o sistema positivo adotado” (p. 34).

³²¹ Idem, p. 115 e ss.

³²² “Sempre que se trate de procedimentos realizados mediante o exercício de *poder* por um agente que se sobrepõe aos demais, ali se tem *processo* e não mero procedimento, legitimando-se pois sua inserção no âmbito da teoria geral do processo. A referência ao *poder* como centro de emanção de decisões imperativas é o elemento de convergência responsável pela imposição das garantias constitucionais do processo, notadamente a do *devido processo legal*, entendido como sistema de limitações ao exercício do poder” (*Arbitragem...*, op. cit., p. 22).

³²³ Nesse sentido, *Nova era do processo civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 38; *Manual dos juizados cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 32 e 45-47; *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 702 e ss., onde coloca o árbitro na categoria dos auxiliares parajurisdicionais da Justiça.

³²⁴ O que já havia sido defendido por GIOVANNI VERDE, *Arbitrato e giurisdizione in L'Arbitrato secondo la legge 28/83*, Nápoles, Jovene, 1985, p. 161-182.

desprestígio conferido aos meios alternativos de solução de controvérsias – o que chamou de “cultura da sentença” – destacou a precípua missão pacificadora da função jurisdicional, preconizando que “a atual cultura da sentença será, com toda certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação”³²⁵, o que contribui para uma concepção mais ampliada de função jurisdicional.

Grande parte do caminho para a inserção da arbitragem dentro do conceito de jurisdição também já havia sido percorrido por ADA PELEGRINI GRINOVER e DINAMARCO quando ainda não consideravam o caráter jurisdicional da arbitragem. A renomada processualista já havia inserido “na idéia de universalidade da proteção jurisdicional as técnicas de revitalização das vias alternativas”, colocando a arbitragem como importante instrumento para garantir a universalidade da jurisdição e reconhecendo que seu “principal fundamento é a pacificação social”³²⁶. A seu turno, quando afirmava estar a arbitragem “no campo dos *equivalentes da jurisdição*”, DINAMARCO também chegara a reconhecer que “os tempos realmente caminham para a aproximação cada vez maior desses institutos”³²⁷.

O reconhecimento definitivo acerca do caráter jurisdicional por CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, veio apenas recentemente, quando tais processualistas tomaram partido definitivo do novo conceito de jurisdição (por eles mesmo incentivado), calcado na função pacificadora do instituto (escopo social)³²⁸.

³²⁵ *Cultura da sentença e cultura da pacificação* in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo, DPJ Editora, 2005, p. 690. Destaca-se do texto a seguinte crítica, quando trata do desprestígio da conciliação: “Há mesmo, o que é lastimável, um *certo preconceito* contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses. E há, ainda, a *falsa percepção* de que a *função de conciliar é atividade menos nobre*, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em *pacificar com justiça os conflitantes*, alcançando por via de consequência a solução do conflito” (idem, p. 686).

³²⁶ *O processo em evolução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 10. No mesmo sentido, *A conciliação extrajudicial no quadro participativo* in *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 216-233.

³²⁷ Palavras utilizadas ao prefaciá-la obra de CARMONA, Carlos Alberto, *A arbitragem no processo civil...*, op. cit., p. 7.

³²⁸ “a pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício) (...) Assim, alarga-se o conceito de acesso à justiça, compreendendo os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial” (*Teoria Geral do Processo*, 29ª ed., op. cit., p. 32-44). Os autores chegam a falar de um *dualismo jurisdicional*, ao opor a jurisdição estatal à jurisdição arbitral (idem, p. 167-168).

DINAMARCO chegou recentemente a classificar epistemologicamente a arbitragem como sub-ramo da ciência processual, o *direito processual arbitral*³²⁹.

Outro argumento a favor da tese da jurisdicionalidade da arbitragem é de ordem legal: o artigo 31 da lei de arbitragem, bem como o inciso IV do artigo 475-N do Código de Processo Civil, inserido pela lei 11.232/2005³³⁰, estabelecem que a sentença arbitral constitui título executivo judicial, conferindo expressamente àquela a mesma eficácia da sentença emanada dos órgãos judiciários estatais.

Tal sorte de argumento, pragmático, é utilizado por alguns autores para defender a natureza jurisdicional do instituto. Logo após a promulgação da lei 9.307/96, FIGUEIRA JUNIOR já defendia que, em nosso direito, com o novo regime estabelecido pela lei de arbitragem, não se justificaria mais a polêmica em torno das teorias sobre a sua natureza jurídica. Se antes, diante da necessidade da homologação do laudo, a arbitragem não era considerada atividade jurisdicional, com a modificação normativa tal linha de raciocínio não mais se sustentaria³³¹. Na mesma linha, FRANCISCO JOSÉ CAHALI defende o caráter jurisdicional do instituto ao estabelecer que a lei de arbitragem atribuiu ao árbitro a qualidade de “juiz de fato e de direito”, outorgando-lhe poderes para proferir sentença com força de título executivo judicial³³².

Arremata CARMONA – que, como visto, já defendia o caráter jurisdicional da arbitragem mesmo antes da lei 9.307/96, quando ainda existia a necessidade de homologação do laudo arbitral³³³ – apontando uma *opção* do Legislador pela tese da

³²⁹ A posição é corroborada por PARENTE, Eduardo de Albuquerque, que, a partir da análise da teoria dos sistemas, defende a existência de um *subsistema arbitral* (*Processo arbitral e sistema*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 40 e ss.).

³³⁰ A mesma equiparação já havia sido feita com a modificação do inciso III do artigo 584 do Código de Processo Civil, realizada pela lei 9.307/96, que também revogou os dispositivos do estatuto processual a respeito da necessidade de homologação da sentença arbitral (artigos 1.098 a 1.102).

³³¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, *Arbitragem, jurisdição e execução*, 2ª ed. do *Manual da Arbitragem*, São Paulo, RT, 1999, p. 151-158. A par de tais considerações, o autor deixa clara a sua opinião de que “antes mesmo do advento da Lei 9.307/96, já era essa a tese [jurisdicionalidade] que prevalecia entre os nossos juristas mais lúcidos” (p. 153).

³³² *Curso de arbitragem*, op. cit., p. 85. O autor apresenta outro argumento contundente para a defesa da jurisdicionalidade da arbitragem, relativo à expressa atribuição ao árbitro da competência mínima para decidir acerca de sua própria competência e jurisdição, sendo que tal competência apenas poderia ser atribuída a quem de fato exercesse atividade jurisdicional: “Note-se que só considerando a arbitragem como jurisdição é que se poderá explicar a regra contida no parágrafo único do art. 8º da Lei 9.307/1996, consagrando o princípio *kompetenz-kompetenz*, como adiante se verá, pois, se prevalecesse a natureza contratual, seria inviável ao árbitro examinar e afastar ou não a sua competência para o litígio a ele submetido” (p. 87). No mesmo sentido, sobre a opção legislativa de qualificar o árbitro juiz de fato e de direito, PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Processo arbitral...*, op. cit., p. 91.

³³³ Quando defendia que “a arbitragem, apesar de sua natureza nitidamente jurisdicional, tem no Brasil disciplina legal que embaça e esconde sua real vocação”; e que “enquanto houver necessidade de

jurisdicionalidade da arbitragem ao incluir a sentença arbitral entre os títulos executivos judiciais³³⁴, o que colocaria fim à celeuma criada a respeito da natureza jurídica do instituto em nosso direito, diante da opção legislativa expressa a respeito da natureza jurisdicional da arbitragem³³⁵.

Observamos, por fim que, mais afetos à prática do processo arbitral e às particularidades com que este se desenvolve, os arbitralistas são quase unânimes em reconhecer o caráter jurisdicional da arbitragem. Assim são as opiniões existentes na doutrina nacional³³⁶ e estrangeira³³⁷, que nos deixam absolutamente confortáveis para acatar a natureza jurisdicional da arbitragem.

Certo de nossa premissa de que a arbitragem representa efetivamente exercício de jurisdição e que através dela realmente é exercido o direito de ação, está percorrido o caminho para considerar que a existência de um processo arbitral pode representar uma ação ou uma demanda e, portanto, ser fraudada nos termos do artigo 593 do Código de Processo Civil.

Poucos foram os autores que trataram expressamente do tema, mas, ainda que *an passant* e sem grandes reflexões, admitem a ocorrência de fraude à

homologação para todo e qualquer laudo arbitral, não se pode asseverar que o legislador tenha reconhecido a natureza jurisdicional da arbitragem” (*A arbitragem no processo...*, op. cit., p. 35).

³³⁴ *Arbitragem e processo*, op. cit., p. 26.

³³⁵ DINAMARCO, convicto do caráter jurisdicional da arbitragem, propõe a inversão do raciocínio, asseverando que a equiparação dos efeitos do laudo arbitral aos da sentença judicial seria “um imperativo ou *reflexo* da natureza jurisdicional da arbitragem e não um *fator* dessa jurisdicionalidade”. Sendo, desse modo, “imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador” (*Arbitragem na teoria...*, op. cit., p. 39). Acreditamos, entretanto, não haver qualquer contradição entre o raciocínio de CARMONA e o de DINAMARCO, justamente pelo fato de aquele, antes da promulgação da lei 9.307/96, defender justamente que o caráter jurisdicional seria inerente à arbitragem mesmo diante da opção legislativa (equivocada) de exigir a homologação do laudo arbitral. Nesse sentido, acreditamos que a *opção* do Legislador, mencionada por CARMONA, não teria sido por *atribuir* jurisdicionalidade à arbitragem – já que esta sempre teria sido a ela inerente – mas *reconhecer* explicitamente (*optar*) o acerto da teoria publicista, espancando qualquer celeuma ou discussão a respeito.

³³⁶ Dentre outros, MAGALHÃES, José Carlos de, *A tutela antecipada no processo arbitral* in *Revista de Arbitragem*, n. 4, p. 11 e ss.; CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo*, op. cit., p. 26 e ss.; ALVIM, J.E. Carreira, *Tratado geral da arbitragem*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 68; e PARENTE, Eduardo de Albuquerque *Processo arbitral e sistema*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 40 e ss.

³³⁷ TARZIA, Giuseppe, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale* in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 14 e ss.; RICCI, Edoardo Flavio, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983* in *Riv. dir. proc.*, 1983, 635 e ss.; Barrocas, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 33; e CLAY, Thomas, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 83 e ss.. Posição interessante é apresentada por Bernardo M. Cremades à luz do direito espanhol, negando o caráter puramente jurisdicional da arbitragem e apontando-a como *instituto de origem contratual, mas com efeitos jurisdicionais* (dada a ausência de equiparação plena entre os órgãos judiciais e os arbitrais, já que faltaria a estes todos os atributos do poder jurisdicional daquele)(CREMADES, Bernardo M., *El arbitraje en la doctrina constitucional española* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 8, p. 147-149).

execução no curso de uma demanda arbitral EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE³³⁸, FREDERICO CAIS³³⁹, RODOLFO AMADEO³⁴⁰, SIDNEI AMENDOEIRA JUNIOR³⁴¹ e JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR³⁴². Em sentido contrário, encontramos a posição peremptória de ZAVASKI acima mencionada.

5.3 LITISPENDÊNCIA ARBITRAL: TENTATIVA DE DEFINIÇÃO DE MARCOS PROCESSUAIS PARA A CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

Definido o caráter jurisdicional da arbitragem, necessário analisar a formação do processo arbitral para definir o momento em se conforma a *litispendência arbitral*. Mais do que isso, importante determinar o *momento em que devem ser considerados os efeitos da litispendência*, marco fundamental a partir do qual poderemos efetivamente falar em dissipação de bens em fraude à execução no curso de uma arbitragem.

Para tanto, devemos nos atentar para uma característica fundamental que diferencia a jurisdição arbitral da estatal, que é a *flexibilidade*. Enquanto na jurisdição estatal vigoram as regras de aderência à lei (legalidade) de determinado lugar (territorialidade), “sendo a *lei nacional* a fonte normativa de todo e qualquer processo

³³⁸ O autor faz interessante abordagem para justificar que a fraude à execução não seria regra atinente ao processo estatal, mas inserida num contexto normativo para proteger não apenas o credor contra a fraude, mas o próprio exercício da jurisdição, razão pela qual aplicável plenamente no processo arbitral, no qual também se exerce jurisdição (*Processo arbitral...*, op. cit., p. 147-148). Adicionamos a tal fundamento a nossa impressão de que, mesmo que efetivamente a regra do artigo 593 do Código de Processo Civil fosse dirigida ao processo estatal, ainda assim não seria ela de plano descartada em se tratando de arbitragem, já que o momento de incidência da regra é sempre no momento da fase executiva do julgado, a qual invariavelmente se dará no Judiciário. Em outras palavras, o ato de esvaziamento patrimonial fraudulento praticado no curso de uma demanda arbitral atentaria também contra a efetividade da jurisdição estatal, justificando a aplicação da regra do artigo 593 por ocasião da demanda de cumprimento da sentença arbitral.

³³⁹ “Também a instalação do juízo arbitral pode ser considerada para efeito de fraude de execução, porquanto é procedimento com natureza jurisdicional e sua sentença produz a mesma eficácia da sentença judicial, por força do que dispõe o art. 31 da Lei de Arbitragem. Nesta hipótese, contudo, faz-se imprescindível a prova, por parte do credor, de que o adquirente tinha pleno conhecimento da instituição da arbitragem” (*Fraude de execução*, op. cit., p. 149).

³⁴⁰ *Fraude de execução*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 23.

³⁴¹ *Execução e impugnação da sentença arbitral in Processo de execução e assuntos afins*, vol. 2, SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), São Paulo, RT, 2001, p. 708.

³⁴² *Arbitragem: jurisdição e execução*, São Paulo, RT, 1999, p. 275.

civil estatal”³⁴³, na jurisdição arbitral a fonte normativa determinante é a autonomia da vontade das partes, sendo a flexibilidade do procedimento – limitada pela Ordem Pública e pelo devido processo legal – uma característica endêmica do processo arbitral³⁴⁴.

Tal característica reflete diretamente na maneira com que se forma o objeto litigioso na arbitragem. Some-se a ela, a existência de vagueza semântica e de imprecisões conceituais (propositais ou não) existentes na lei de arbitragem. O resultado destes ingredientes é a esperada – e interessantíssima – discussão doutrinária a respeito do momento no qual, em nosso sistema jurídico, tem início a jurisdição dos árbitros e o processo arbitral – *litispendência*.

Se na jurisdição estatal o processo tem início com a propositura da demanda – apresentação da *petição inicial* ao Poder Judiciário³⁴⁵ – na arbitragem existe a necessidade de primeiramente provocar a formação do próprio juízo ao qual será dirigida a demanda, ou seja, atribuir jurisdição a um árbitro ou a um tribunal arbitral. Isso porque na arbitragem não existe um organismo *a priori* imbuído de poder jurisdicional. Mais: como na arbitragem o poder jurisdicional do árbitro ou do tribunal é limitado pela convenção de arbitragem e pela demanda concreta a ser decidida, existe a necessidade de traçar os contornos da demanda já na fase de formação do juízo arbitral. E o objeto litigioso não exerce apenas a função de limitar a atividade do árbitro, sendo também determinante para que este avalie se vai aceitar o encargo (em nosso direito, ninguém tem o dever funcional de aceita-lo) e para possibilitar o adequado cumprimento do dever de revelação (§1º, artigo 14, lei de arbitragem³⁴⁶) – verificação de um possível interesse do julgador na causa.

³⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Arbitragem...*, op. cit., p. 45.

³⁴⁴ Sobre as nuances da flexibilidade do procedimento arbitral cfr. MONTORO, Marcos André Franco, *Flexibilidade do procedimento arbitral*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

³⁴⁵ O entendimento dominante é de que os efeitos da propositura da demanda devem retroagir à data de apresentação ao Poder Judiciário, já que o despacho inicial e a distribuição são atos que estão fora do controle do autor, que não podem ser por isto penalizados.

³⁴⁶ Para uma noção mais exata e aprofundada do dever de revelação, cfr. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Suspeição e impedimento em arbitragem: sobre o dever de revelar* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 28, p. 65-82. SANTOS, Fernando Silva Moreira dos, *Impedimento e Suspeição do árbitro: o dever de revelação* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 35, p. 65-82. LEMES, Selma Ferreira, *O dever de revelação do árbitro e a ação de anulação de sentença arbitral* in *Arbitragem. Temas contemporâneos*, coord. LEMES, Selma Ferreira e BALBINO, Inez, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 449-462. BAPTISTA, Luiz Olavo, *Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de*

Outra nuance particular do processo arbitral que o diferencia do processo está ligada ao chamamento do demandado para responder à demanda. Como dito acima, o processo estatal já em início com a apresentação da petição inicial, sendo a citação tradicionalmente reconhecida como pressuposto processual de existência do processo para o réu³⁴⁷ – tese compatível com a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal ao fixar a interpretação conforme a Constituição do parágrafo único do artigo 296 do Código de Processo Civil, quando estabeleceu que o réu apenas passa a fazer parte da relação jurídica processual depois de citado³⁴⁸³⁴⁹. Já no processo arbitral, o ato de chamar o demandado para a arbitragem – o que equivaleria à citação no processo estatal – ocorre previamente ao início da relação jurídica processual, pois o demandado tem o direito de participar na formação do próprio juízo, indicando árbitro (§ 1º, artigo 13, lei de arbitragem), bem como de aduzir seu próprio pleito³⁵⁰. Sendo assim, não hesitamos em afirmar que o demandado já participa do procedimento arbitral antes mesmo de ser atribuída jurisdição a um árbitro ou tribunal arbitral *in concreto*, sendo o julgador o último a integrar o procedimento – e, como veremos abaixo, é a partir da integração do árbitro ao procedimento arbitral que se inicia o processo arbitral propriamente dito.

Vistas as principais características que diferenciam a formação da relação jurídica processual na jurisdição estatal e na arbitral, para analisar como a litispendência toma forma na arbitragem, começamos a discussão pelo teor da própria lei. O *caput* do artigo 19 da lei de arbitragem reza que “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”. O verbo utilizado, instituir, permite algumas possibilidades interpretativas. Também existe vagueza semântica quando a lei enumera dentre os requisitos do compromisso arbitral a indicação da “matéria que será objeto da arbitragem” (inciso III,

infração. Impossibilidade de anulação de sentença arbitral in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 36, p. 199-229.

³⁴⁷ Cfr. os comentários de LIEBMAN, Enrico Tullio, ainda quando da vigência do Código de Processo Civil de 1939, *Nulidade da sentença proferida sem citação do réu* in *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 179-184. No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 354.

³⁴⁸ AI 427533 AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2004, DJ 17-02-2006 PP-00055 EMENT VOL-02221-03 PP-00465 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 135-143.

³⁴⁹ O artigo 263, Código de Processo Civil, fala que os efeitos da citação (artigo 219 do mesmo diploma legal) apenas serão produzidos em relação ao réu depois que este for validamente citado.

artigo 10), contribuindo, assim, para a imprecisão do momento em que efetivamente se apresenta uma demanda e se instaura a lide – *litispendência* (demanda pendente) – e abrindo portas para que a vontade das partes atue na conformação dos mais variados procedimentos.

Como já adiantado, a necessidade de apresentar ao menos uma parte do objeto litigioso decorre da imprescindibilidade de tal informação para a própria conformação do juízo arbitral. Embora a demanda arbitral efetivamente não esteja delineada, com todos os seus contornos – pedido e causa de pedir – por ocasião do pedido de instauração de arbitragem, não há dúvida de que desde a primeira manifestação dirigida à parte contrária ou ao órgão institucional eleito para administrar a arbitragem – comumente chamado *pedido de instauração* – já existe a indicação da matéria a ser discutida na arbitragem, sendo a parte contrária chamada a participar na conformação do juízo arbitral e ao mesmo tempo preparar seus pedidos contrapostos e a sua defesa.

Na lei de arbitragem, podemos identificar quatro mecanismos para a instituição da arbitragem; um deles é a celebração de compromisso arbitral pura e simples, quando inexistente cláusula compromissória, os outros três tem por pressuposto cláusula arbitral preexistente.

Na ausência de acordo prévio para submeter uma controvérsia presente à arbitragem (cláusula compromissória), podem as partes eleger tal mecanismo para a solução da disputa através da celebração de um compromisso arbitral (artigo 3º, lei de arbitragem). A negociação do compromisso e a sua celebração é livremente realizada pelas partes. A lei apenas exige como elemento obrigatório do compromisso a indicação da *matéria* a ser discutida na arbitragem (artigo 10º, acima referido). CARMONA esclarece que a redação da lei, neste ponto, foi proposital para por fim à discussão existente quando da redação dos revogados dispositivos do Código Civil de 1916³⁵¹ e do Código de Processo Civil³⁵², cuja redação exigia o objeto do litígio especificado no próprio compromisso. Desse modo, ao modificar a redação antiga – passando a exigir a

³⁵⁰ Uma das características do processo arbitral, decorrente de sua flexibilidade, é a dificuldade em se distinguir entre demandante e demandado quando ambas as partes apresentam seus pleitos.

³⁵¹ “Art. 1.039. O compromisso, além do objeto do litígio a ele submetido, conterà os nomes, sobrenomes e domicílio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para os suprir, no caso de falta ou impedimento” (lei 3.071/16).

matéria, e não mais o *objeto* do litígio – a lei de arbitragem teria abandonado a exigência de especificação do objeto litigioso, prestigiado o aproveitamento do compromisso celebrado, já que a necessidade de detalhamento do objeto do litígio dava azo a grandes possibilidades de invalidação dos compromissos que apresentassem alguma deficiência na especificação desse objeto litigioso³⁵³.

Existindo cláusula compromissória, a lei prevê três mecanismos para o início da arbitragem. Sendo a *cláusula cheia*³⁵⁴, basta que a parte que pretende iniciar o processo dê início ao mecanismo acordado para a instauração da arbitragem (artigo 5º), sendo dispensada qualquer formalidade adicional pela lei para que a arbitragem seja instaurada e se desenvolva validamente³⁵⁵.

Na hipótese de *cláusula vazia*³⁵⁶, a parte que pretender iniciar a arbitragem deve comunicar a outra acerca de sua intenção, convidando-a para firmar compromisso arbitral (artigo 6º). Comparecendo a contraparte, é celebrado o compromisso e tudo se desenvolve de acordo com o procedimento acordado, valendo aqui tudo o quanto dito acerca do compromisso arbitral.

Havendo relutância da outra parte, existe a última modalidade de instauração da arbitragem prevista em lei: o manejo da demanda do artigo 7º. Em tal demanda, a parte pede ao juízo de primeiro grau estatal que originariamente seria competente para analisar a controvérsia para que este desenvolva atividade verdadeiramente integrativa e preencha as lacunas existentes na cláusula compromissória pactuada, definindo as regras procedimentais aplicáveis (§3º) e, principalmente, o mecanismo para a formação do juízo arbitral (§4º). A sentença, neste caso, terá força de compromisso arbitral (§7º), passando a arbitragem a desenvolver-se a partir dela tal a partir dos termos definidos na sentença-compromisso. Detalhe importante neste último mecanismo mencionado na lei para a instauração da arbitragem

³⁵² “Art. 1.074. O compromisso conterà sob pena de nulidade: (...) III - o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusive o seu valor (...)”.

³⁵³ *Arbitragem e processo*, op. cit., p. 202-204.

³⁵⁴ Cláusula cheia é aquela que indica precisamente o mecanismo para a instauração da arbitragem; ao contrário, a cláusula “vazia”, ou “patológica”, em que o mecanismo de instituição da arbitragem não é indicado, tendo as partes que se valer da demanda judicial prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem (Cfr. PINTO, José Emilio Nunes, *A cláusula compromissória à luz do Código Civil* in *Revista de Arbitragem*, n. 4, p. 41-42).

³⁵⁵ Eis o entendimento dominante (Cfr. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *Código de Processo Civil interpretado e anotado*, 5ª ed., Barueri, Manole, 2013, p. 2303-2304). Em sentido contrário, a exigir a celebração de compromisso, ALVIM, J.E. Carreira, *Tratado...*, op. cit., p. 262.

³⁵⁶ Ausência de indicação do mecanismo para a instituição da arbitragem.

é a necessidade de apresentar já na inicial da demanda do artigo 7º, “com precisão, o objeto da arbitragem” (§1º). Tal exigência, caso prevalecesse a exegese do vocábulo *objeto* criticada por CARMONA – como explicado acima, formada a partir da redação dos dispositivos revogados dos diplomas material e processual civil – levaria à conclusão de que, nesta modalidade de instauração da arbitragem, a demanda arbitral em si seria apresentada, com todos os seus contornos, já na petição inicial dirigida ao juízo estatal³⁵⁷; ainda que o objeto da demanda estatal não seja discutir o mérito da demanda arbitral, mas apenas determinar o procedimento pelo qual a arbitragem será instaurada.

Observa-se, desse modo, que a lei de arbitragem não estabelece um método criterioso para a composição do juízo arbitral, relegando ao alvitre das partes a definição do procedimento a ser adotado para a formação do juízo arbitral e para a apresentação da demanda na arbitragem.

A análise de algumas regras institucionais é sintomática da diversidade de procedimentos usualmente utilizados para a instauração da arbitragem e para a apresentação da demanda ao juízo arbitral. Nesse propósito, vale a pena mencionar o regulamento de quatro instituições de relevo no cenário nacional e internacional, amplamente utilizadas por brasileiros para administrar suas disputas arbitrais³⁵⁸: a Câmara de Comércio Internacional (CCI)³⁵⁹; o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)³⁶⁰; a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo (CMA)³⁶¹; bem como o *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR)³⁶², esse último pela relevância da instituição no cenário internacional e pelas características peculiares do procedimento adotado, que serão relevantes para nossas conclusões.

³⁵⁷ Ressalta-se que o próprio autor parece não comungar de tal entendimento, cingindo-se a afirmar que “o autor, ao propor sua demanda [fundada no artigo 7º da lei de arbitragem], deverá informar ao juiz o objeto do litígio com a possível precisão, de forma que o magistrado possa aferir se tal questão está ou não abrangida pela cláusula arbitral que o requerente retende fazer valer” (Arbitragem e processo, op. cit., p. 159).

³⁵⁸ Cfr. NEHRING, Carlos, *A CCI e o Brasil in Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, p. 72-77. ROOS, Crinstián Conejero e GRION, Renato Stephan, *Arbitration in Brazil: the ICC experience in Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 10, p. 93-139.

³⁵⁹ Disponível em <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>, acesso em 18/03/2014.

³⁶⁰ Disponível em <http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=regulamento%202012>, 18/03/2014.

³⁶¹ <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php/pt-BR/regulamento>, acesso em 18/03/2014.

³⁶² http://www.icdr.org/icdr/faces/i_search/i_rule/i_rule_detail?doc=ADRSTG_002006&_afzLoop=228252000467295&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=qst93osxn_128#%40%3F_afzWindowId%3Dqst93o

O Regulamento CCI prevê que a parte interessada a dar início a uma arbitragem deve dirigir requerimento à sua Secretaria, no qual devem constar a “descrição da natureza e das circunstâncias do litígio que deu origem às demandas e os fundamentos sob os quais tais demandas são formuladas”, bem como uma “especificação do pedido” (artigo 4(3)(c) e (d) do Regulamento). Em seguida, a Secretaria se encarrega de transmitir o pedido ao requerido, o qual poderá apresentar resposta e reconvenção, devendo constar nesta os mesmos elementos exigidos no requerimento de arbitragem (artigo 5(5)(a) e (b) do Regulamento). Após a indicação dos árbitros pelas partes e do procedimento de constituição do tribunal arbitral, é celebrada uma Ata de Missão³⁶³, firmada pelos árbitros e pelas partes, na qual deve constar um “resumo das demandas das partes e dos seus pedidos” (artigo 23(1)(c) do Regulamento).

Ao determinar que os pedidos, acompanhado de suas “circunstâncias” e seus “fundamentos”, conste já no requerimento de instauração e na eventual reconvenção, o que parece fazer o Regulamento da CCI é exigir que os elementos constitutivos da demanda – pedido e causa de pedir – já devem ser apresentados antes mesmo da conformação do tribunal arbitral. Ao serem indicados e aceitarem o encargo, os árbitros já encontram a demanda arbitral desenhada, ainda que de forma resumida. Tal conclusão é apoiada pela regra contida no Regulamento da CCI, que expressamente impede as partes de “formular novas demandas fora dos limites da Ata de Missão” (artigo 23(4)). Ou seja, a demanda já é apresentada pelas partes antes mesmo das alegações no curso do processo arbitral (após a assinatura da Ata de Missão).

O Regulamento do CAM-CCBC adota procedimento muito parecido. A parte interessada em instituir uma arbitragem deve notificar o CAM-CCBC, desde logo com uma “indicação resumida da matéria que será objeto da arbitragem” (artigo 4.1(c)). Notificado o requerido, este possui igual oportunidade de apresentar seu próprio pleito, apontando resumidamente a matéria objeto de seu pedido (artigo 4.3). Após a formação do tribunal arbitral, as partes são convocadas a celebrar um Termo de Arbitragem, contendo o “objeto do litígio” e “os pedidos de cada uma das partes” (artigo 4.18), sendo permitido “alterar, modificar ou aditar os pedidos e a causa de pedir até a data de assinatura do Termo de Arbitragem” (artigo 4.21). Também aqui, não hesitamos ao

[sxn_128%26_afrLoop%3D228252000467295%26doc%3DADRSTG_002006%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D](#), acesso em 18/03/2014.

³⁶³ Denominação dada pelo Regulamento daquela instituição ao adendo referido na lei de arbitragem, artigo 19, parágrafo único.

afirmar que a demanda já é apresentada e estabilizada antes mesmo da apresentação das alegações das partes no curso do processo arbitral propriamente dito, pois, ainda que seja possível especificar as causas de pedir e o pedido após a assinatura do Termo de Arbitragem – como efetivamente ocorre diuturnamente – não há dúvida de que a demanda, mesmo resumidamente, já é apresentada antes mesmo da formação do tribunal arbitral e estabilizada com a assinatura do Termo de Arbitragem.

O Regulamento da CMA estabelece que aquele a instauração da arbitragem faz-se através de requerimento contendo “a matéria objeto da arbitragem” (artigo 2.1). Consigna também que o Termo de Arbitragem conterá o “objeto do litígio” (artigo 5.1) e que “após a assinatura do Termo de Arbitragem, as partes não poderão formular novas pretensões” (artigo 5.3). Apesar de termos diversos constantes no regulamento, acreditamos valer no procedimento da CMA as mesmas considerações realizadas acerca do procedimento da CCI e do CAM-CCBC.

Como visto, é extremamente usual o procedimento de submeter a demanda arbitral (ou as demandas, no caso de pedido de ambas as partes), ainda que resumidamente, com pedido e causa de pedir, mesmo antes da constituição do tribunal arbitral, estabilizando-se o processo com a celebração daquele adendo previsto no parágrafo único do artigo 19 da lei de arbitragem. Completamente diverso é o procedimento previsto no Regulamento do ICDR, que exige apresentação de demanda e resposta de forma completa antes mesmo da constituição do tribunal arbitral. Segundo este regulamento, a parte interessada em iniciar a arbitragem deve apresentar a sua demanda diretamente através de notificação dirigida à parte contrária e, simultaneamente, ao administrador da arbitragem³⁶⁴ (artigo 2(1)). A notificação deve conter “uma descrição da demanda e a indicação dos fatos que a embasam”, bem como “o pedido ou reparação pleiteada e o montante reclamado” (artigo 3). Em sua resposta, o requerido poderá apresentar pedidos reconventionais, caso em que é desde logo assinalado o prazo para a réplica (artigo 3(1) e (2)). Também não existe momento específico para a formação do tribunal arbitral, existe apenas prazo para que as partes de comum acordo indiquem o mecanismo pelo qual será(ão) nomeado(s) o(s) árbitro(s) e, na ausência de acordo, o árbitro ou os árbitros são indicados pelo próprio administrador (artigo 6(3)). Também não há precisão na estabilização da demanda, já que, “no curso

³⁶⁴ “o Centro Internacional para a Resolução de Disputas (CIRD), uma divisão da Associação Americana de Arbitragem (AAA)” (artigo 1(3)).

do procedimento arbitral, qualquer parte poderá emendar ou aditar sua demanda, resposta ou reconvenção”, desde que não haja oposição do tribunal arbitral (artigo 4). Desse modo, tanto a demanda arbitral pode ser aditada quando da formação do tribunal arbitral, quanto pode este vir a ser formado quando toda a fase postulatória (com a apresentação da demanda e da resposta) já houver ocorrido. Posteriores alegações após a formação do tribunal arbitral são dispensáveis, e apenas serão apresentados se assim decidir o tribunal arbitral constituído (artigo 17(1)), sendo plenamente possível o julgamento da demanda apenas com base nas trocas de manifestações e nas provas produzidas antes mesmo da constituição do tribunal arbitral.

A análise dos procedimentos institucionais acima apontados dá sinal de que o amplo espaço para a atuação da vontade das partes na construção de procedimentos para iniciar a arbitragem parece tornar impossível a tarefa de definir precisamente, de modo abstrato, o momento a partir do qual a demanda arbitral com todos os seus contornos é apresentada. MONTORO chegou a essa mesma conclusão ao analisar a conformação demanda arbitral e sua estabilização³⁶⁵.

Por tais razões acreditamos que, pelas peculiaríssimas condições com que se dá a conformação do processo arbitral, este deve ser considerado instaurado a partir da formação do juízo arbitral, momento em que, ainda que não haja uma demanda arbitral completa e apresentada, com pedido e causa de pedir detalhados. Efetivamente já existe relação jurídica processual entre as partes e o(s) árbitro(s) a partir do momento em que estes assumem a missão de decidir uma controvérsia específica e passam a conduzir o procedimento no qual serão praticados os atos com o objetivo de decidir a controvérsia, encerrado com a prolação da sentença arbitral (artigo 29, lei de arbitragem).

Nesse sentido, a nossa lei de arbitragem, se de um lado deixa amplo espaço para a liberdade da manifestação de vontade em definir procedimentos, por outro, talvez reconhecendo a dificuldade prática de se reconhecer um momento exato em que a demanda arbitral é instaurada, estabelece um marco a partir do qual considera

³⁶⁵ MONTORO, Marcos André Franco, *Flexibilidade...*, op. cit. Conclui o autor: “tudo que constou nos itens antecedentes desta tese – explicações, exemplos, normas legais, dispositivos dos regulamentos arbitrais, e observações sobre a tática dos advogados – foi narrado com o objetivo de demonstrar que não existe um lugar certo e exato para fazer o pedido na arbitragem. Isso vai depender, como explicado, das regras que regulam a arbitragem específica e também da tática do advogado (...) Veja-se que neste campo

instituída a arbitragem, a partir do qual, embora não necessariamente exista demanda arbitral, com todos os seus contornos (pedido e causa de pedir), efetivamente é possível falar na existência de uma relação jurídica processual, de processo arbitral e de exercício de poder jurisdicional pelos árbitros.

Assim entende parcela da doutrina, ao defender que a jurisdição do árbitro ou do tribunal arbitral inicia-se com a aceitação, ou seja, confunde-se com a instituição da arbitragem³⁶⁶. Outros vislumbram a existência de uma fase contratual após a instituição da arbitragem, havendo efetiva relação jurídica processual e jurisdição dos árbitros apenas após a apresentação da demanda, momento que se confundiria com a apresentação das alegações iniciais³⁶⁷.

Todavia, negar a existência da função jurisdicional dos árbitros no lapso entre a aceitação do encargo e a apresentação das alegações iniciais seria completamente contraditório com o reconhecimento de seu poder cautelar – de conceder e mesmo revisar medidas de urgência concedidas em juízo estatal – após a instituição da arbitragem. Não há dúvida de que o poder cautelar é exercício de função jurisdicional³⁶⁸; logo, existindo para o árbitro, desde a instituição da arbitragem, o poder geral de cautela, desde tal momento devemos considerar existente o exercício de jurisdição (existência de um processo arbitral, portanto – ainda que as causas de pedir e pedidos sejam apresentados através dos mais diversos mecanismos convencionais).

existe ampla flexibilidade procedimental. São vários os caminhos possíveis (e que não se esgotam nos exemplos antes dados). Não existe uma única estrada, não existe uma única possibilidade” (p. 285).

³⁶⁶ CARMONA, Carlos Aberto, *Arbitragem...*, op. cit., p. 278. PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Processo arbitral...*, op. cit., p. 154.

³⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Arbitragem...*, op. cit., p. 110-111. Embora referido autor se apoie nas fases procedimentais da arbitragem apontadas por Francisco Cahali para justificar a existência de uma fase contratual na arbitragem, este último defende o início do poder jurisdicional dos árbitros com a aceitação do encargo, nos termos do artigo 19 da lei de arbitragem: “a etapa preliminar de instauração da arbitragem, como referido, tem seu êxito na aceitação do árbitro indicado ou nomeado. Com esta aceitação, tem-se a investidura do eleito na jurisdição relativa àquele conflito. E assim se considera instituída a arbitragem, nos termos do art. 19 da Lei de Arbitragem (...) Enquanto não aceita a investidura, pelo árbitro único ou por todos os nomeados, não se considera instituído o juízo arbitral, ou seja, não se terá ‘jurisdição’ arbitral propriamente dita” (*Curso...*, op. cit., p. 183).

³⁶⁸ “Assim definida a autonomia da ação e a função jurisdicional cautelar, somos conduzidos a admitir que a prestação cautelar, como qualquer outra, tem caráter satisfativo, pois satisfaz a uma pretensão específica” (SILVA, Ovídio Baptista da, *As ações cautelares e o novo processo civil*, Porto Alegre, Sulina, 1973, p. 37). “No que diz respeito ao poder geral de cautela, visto sob o prisma de quem o exerce, ou seja, o juiz, tem-se que é ele uma espécie do gênero poder-dever que se delega ao juiz, como forma de se exercitar a atividade jurisdicional que o Estado reservara para si” (SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu, *O poder geral de cautela do juiz*, São Paulo, RT, 1993, p. 139).

De todas as nossas considerações, a única conclusão que nos parece válida é a de que não há como definir um marco processual preciso em que se complete a lide no processo arbitral, o que invariavelmente dependerá das regras procedimentais eleitas ou acordadas pelas partes, ou ainda, na ausência de composição destas, pelo juiz estatal (artigo 7º da lei de arbitragem³⁶⁹) e, em última análise, pelo árbitro (§1º, artigo 21 da mesma lei)³⁷⁰.

Sendo assim, para sermos coerentes com o raciocínio acima desenvolvido, ousamos discordar da tese reducionista de DINAMARCO. O emérito processualista, afirma que o objeto litigioso apenas é definido com a apresentação das alegações iniciais – apresentação da demanda – existindo apenas a partir daí uma relação jurídica processual e o exercício de jurisdição pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral³⁷¹. Tal solução leva em conta apenas a análise de uma espécie de procedimento – que, aliás, não se reflete nos regulamentos das Câmaras mais usuais, como aqueles acima analisados – na qual a demanda, com todos os seus contornos, somente seria apresentada nas alegações iniciais, sendo a partir daí o réu chamado a respondê-la.

O autorizado processualista, entretanto, com o seu peculiar brilhantismo aponta a questão essencial da definição do momento em que deveremos considerar os *efeitos da litispendência*. Pois, mais importante que definir a conformação da litispendência (que, de acordo com o raciocínio acima desenvolvido, deve necessariamente ser analisada *in concreto*, levando em conta o procedimento específico avançado para o desenvolvimento da arbitragem), primordial fixar um marco a partir do qual os efeitos desta litispendência operam. Como ensina DINAMARCO, a “técnica de produção de efeitos substanciais e processuais [da propositura da demanda] está

³⁶⁹ Lembrando que a sentença do juiz estatal valerá como compromisso, podendo o magistrado apontar as regras aplicáveis à arbitragem (artigo 11, inciso IV, lei de arbitragem).

³⁷⁰ “Essas duas perguntas, ainda não respondidas (onde o autor faz o seu pedido, e onde o réu faz o seu pedido), no fundo se resumem ao mesmo tipo de indagação, onde fazer o pedido. E não existe uma solução definitiva para tais indagações que sirva para todas as arbitragens. E isso exatamente em razão da flexibilidade do procedimento arbitral. Vai depender de uma série de fatores, das regras escolhidas pelas partes, do regulamento arbitral eventualmente aplicável, e mesmo do comportamento das partes na arbitragem. Diferentemente dos procedimentos judiciais estatais, nos quais se prevê lugares específicos para a formulação do pedido – inicial, aditamento, reconvenção, contestação – na arbitragem existem diversos lugares diferentes, variadas formas mediante as quais as partes podem apresentar os seus pedidos” (MONTORO, Marcos André Franco, op. cit., p. 280).

³⁷¹ “Mas os árbitros só se reputam investidos nos poderes *jurisdicionais* relativos à atuação na arbitragem a partir do momento em que o autor lhes apresenta uma *demand*a, consubstanciada em suas *alegações iniciais*, nas quais especificará em definitivo os *pedidos* que pretende submeter ao julgamento por aqueles e os precisos fundamentos em que os apoia (*causa petendi*). Só nesse momento se forma uma *relação*

intimamente ligada com a técnica da própria formação do processo perante o juiz estatal”. Assim, coerente com a sua observação de que o momento de referência para a produção dos efeitos da litispendência seria aquele em que o sujeito “sai da inércia e inicia a realização de atos com o objetivo de obter satisfação”, o autor acaba propondo uma adaptação das regras do Código de Processo Civil (em especial, da regra contida no §1º, artigo 219) à arbitragem para considerar os efeitos da litispendência a partir da comunicação de iniciar uma arbitragem, nos termos do artigo 6º da lei de arbitragem³⁷². Com o que concordamos integralmente e ampliamos para os casos em que tal comunicação é dispensada (artigo 5º), valendo como marco a comunicação realizada à instituição arbitral nos termos do regulamento eleito pelas partes³⁷³.

Entendemos adequada tal linha de raciocínio, pois, parece muito razoável retroagir os efeitos da litispendência para a data da comunicação a respeito da intenção de instaurar uma arbitragem, seja pela comunicação do artigo 6º (no caso de cláusula compromissória vazia), seja através da submissão de pedido de instauração à parte contrária, nos moldes previstos nos mais diversos regulamentos de instituições arbitrais. Ora, se na regra do Código de Processo Civil, concernente aos processos estatais, os efeitos da litispendência retroagem à data da propositura da demanda (artigo 219), quando apenas potencialmente³⁷⁴ o réu sabia de sua existência, *a fortiori* se justifica o mesmo raciocínio quando o réu é comunicado expressamente e toma ciência da intenção de contra ele ser instaurada uma arbitragem.

Tal retroação de efeitos já foi considerada pela doutrina para o fim de marcar a interrupção da prescrição³⁷⁵, existindo, inclusive, dentre as propostas de modificação da lei de arbitragem inseridas no Projeto-lei nº 406 de 2013, a inserção de um parágrafo segundo no atual artigo 19, para deixar explícito que a prescrição retroaja à data do pedido de instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de

processual envolvendo os árbitros e investindo-os de poderes inerentes ao processo” (*Arbitragem...*, op. cit., p. 108).

³⁷² *Arbitragem...*, op. cit., p. 141-143.

³⁷³ A apresentação do pedido de instauração ou de instituição de arbitragem, a partir do qual a parte interessada comunica o órgão arbitral acerca de sua intenção de iniciar uma arbitragem, sendo este por encaminhar tal pedido diretamente à parte contrária.

³⁷⁴ Através da publicidade do próprio processo estatal (registro da distribuição forense) ou por qualquer outro meio).

³⁷⁵ Sobre prescrição na arbitragem cfr. NUNES, Thiago Marinho, *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional, com visão a partir do direito brasileiro*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

jurisdição³⁷⁶. EDUARDO PARENTE discorda da aplicação dessa regra de retroação dos efeitos da litispendência para o fim de interrupção da prescrição, por se tratar de regra dirigida ao processo estatal, que não deveria ser transportada ao arbitral; todavia, é defensor da necessidade de observar o marco temporal do pedido de instauração de arbitragem para o fim de caracterização de fraude à execução, por existirem princípios (de direito material e processual) voltados a reprimir tal tipo de comportamento atentatório contra a atividade jurisdicional. Tais princípios seriam plenamente aplicáveis ao processo estatal onde também haveria de reprimir o comportamento do devedor que esvazia fraudulentamente seu patrimônio para frustrar a satisfação da sentença arbitral, sob pena de deixar a jurisdição convencional desprotegida, penalizando injustamente aqueles que optaram por tal mecanismo de resolução de controvérsias. O autor faz uma interpretação amplíssima do termo inicial a partir do qual seria possível a prática de atos em fraude à execução, abrangendo, inclusive, a demanda do artigo 7º da lei de arbitragem. Ao final, assevera ser suficiente, para a caracterização da fraude à execução “que o devedor tenha ciência do objeto do processo arbitral que será iniciado quando da prática do ato de alienação”³⁷⁷.

Não temos o menor problema em concordar com tais considerações. Se no processo estatal a fraude à execução é possível a partir da citação válida – ou, segundo entendimento acima defendido, a partir da demonstração da efetiva ciência de demanda em curso – na arbitragem, a finalidade da citação é atingida com a comunicação da intenção de iniciar processo arbitral, a qual usualmente vem acompanhada do objeto litigioso (ainda que sumário) e do valor do litígio³⁷⁸, sendo a partir daí iniciado o procedimento arbitral, ainda que efetivo processo apenas venha a existir após a aceitação do encargo pelos árbitros.

Por fim, também acreditamos inexistir qualquer empecilho para transportar para a arbitragem o entendimento acerca da possibilidade de caracterização de fraude à execução em demandas cautelares, de modo que seria possível haver fraude à execução desde a propositura de eventuais cautelares previamente à arbitragem – ou desde eventual procedimento cautelar desenvolvido no próprio órgão arbitral (a figura

³⁷⁶ Eis o teor da proposta de redação: “§ 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de instauração da arbitragem, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”.

³⁷⁷ *Processo Arbitral...*, op. cit., p. 145 e ss.

do árbitro de emergência³⁷⁹). Também a demanda para a instauração de arbitragem de que trata o artigo 7º da lei 9.307/96 poderia ser incluída no mesmo raciocínio analógico, já que presentes os mesmos fundamentos que justificam a consideração da fraude à execução na pendência de cautelares preparatórias (possibilidade de esvaziamento patrimonial malicioso para frustrar a futura demanda a ser proposta, diante da ciência da intenção de esta ser apresentada).

5.4 ARBITRABILIDADE OBJETIVA DAS DEMANDAS QUE VERSAM SOBRE DIREITO REAL RELATIVO A IMÓVEIS SITUADOS NO BRASIL: FRAUDE À EXECUÇÃO NA HIPÓTESE ELENCADE NO INCISO I DO ARTIGO 593 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Quando tratamos da fraude à execução, vimos que uma de suas hipóteses é justamente “a alienação ou oneração de bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real” (inciso I do artigo 593, Código de Processo Civil). Naquela ocasião, vimos que, para considerar a existência de uma “ação fundada em direito real”, basta que o objeto da demanda verse sobre algum direito real previsto na lei substancial (propriedade, superfície, servidões, usufruto, etc.) que recaia sobre um bem móvel ou imóvel. Cumpre, agora, para suportar nossas conclusões pretendidas com o presente estudo, verificar se tais espécies de demandas seriam arbitráveis – ou seja, passíveis de julgamento por um árbitro ou tribunal arbitral (arbitrabilidade objetiva).

Primeiramente, pela ótica da disponibilidade dos direitos discutidos (artigo 1º, Lei de Arbitragem), não haveria qualquer problema em considerar tais espécies de demanda arbitráveis. Não há nenhuma espécie de dúvida ou discussão doutrinária a respeito da *disponibilidade* dos direitos reais³⁸⁰.

Uma aparente dificuldade surge, entretanto, quando se está diante de uma demanda em que se discute direito real sobre imóvel, isso porque a lei adjetiva

³⁷⁸ Exigência constante na maioria dos regulamentos dos órgãos arbitrais, inclusive para a finalidade de cálculo do valor das despesas administrativas e dos honorários dos árbitros.

³⁷⁹ Cujas previsões são possíveis nos regulamentos das instituições arbitrais, como é o caso da Câmara de Comércio Internacional.

³⁸⁰ A propriedade, direito real por excelência, traz em si ínsita a faculdade de “usar, gozar e dispor da coisa” (artigo 1.228, Código Civil).

considera como competência exclusiva da “autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra” “conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil” (artigo 89, caput e inciso I, Código de Processo Civil), o que poderia afastar a possibilidade de arbitragens envolvendo imóveis situados em território nacional. A regra sobre a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira é repedita quase *ipsis literis* na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil” (§1º, artigo 12).

A abrangência da expressão “ações relativas a imóveis” é controvertida. Existem entendimentos em dois sentidos: de que tal expressão abrangeria apenas as ações que versam sobre direitos reais ou sobre a posse³⁸¹ e de que a expressão seria mais abrangente, compreendendo qualquer sorte de ação, real ou obrigacional, relativa a imóveis³⁸². Qualquer delas, entretanto, poderia gerar reflexo no objeto de nossa análise, já que, no caso de prevalecer a primeira interpretação, todas as demais demandas relativas a imóveis (em sentido mais amplos), facilmente poderiam se encaixar na hipótese de fraude à execução prevista no inciso II do artigo 593 do Código de Processo Civil.

Portanto, mais importante do que analisar o conteúdo da expressão “ações relativas a imóveis”, nos parece essencial entender o conteúdo dos textos legais a respeito da competência exclusiva, a matéria por eles regulada e o alcance de suas disposições.

Tais normas, embora reproduzidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) não são propriamente objeto de preocupação do Direito Internacional Privado³⁸³, inserindo-se no âmbito do *direito processual civil internacional* – ramo do direito processual cuja preocupação é determinar as questões que devem estar sujeitas aos juízes nacionais ou de outros

³⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários...*, op. cit., p. 286. TORNAGHI, Hélio, *Comentários...*, op. cit., p. 308. Na jurisprudência: RE 90961, Relator Min. Décio Miranda, Segunda Turma, julgado em 29/05/1979.

³⁸² SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo, RT, 200, p. 411. BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 243.

³⁸³ BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Tratado de direito internacional privado*, vol. I, São Paulo, RT, 1977, p. 86-87.

Estados, dando tratamento adequado a demandas que interessem ao seu próprio ordenamento jurídico³⁸⁴.

Em outras palavras, tais normas inserem-se no ramo do direito em que cada Estado delimita a sua própria jurisdição, estabelecendo soberanamente quais as demandas sobre as quais os seus órgãos jurisdicionais internos decidirão. É o que os internacionalistas denominam de competência internacional, ou competência geral³⁸⁵, e que os processualistas tratam como delimitação da própria jurisdição nacional em face da jurisdição de outros Estados³⁸⁶. Como ensina AMÍLCAR DE CASTRO, trata-se do princípio *Kompetenz-Kompetenz* exercido em sua acepção original de Direito Constitucional³⁸⁷ (expressão depois emprestada pelos processualistas e arbitralistas para tratar de assuntos diversos).

Como a delimitação da própria jurisdição é ato de soberania de cada Estado³⁸⁸, quando este se arroga a competência exclusiva para julgar determinadas causas, o faz com base em um interesse nacional. Tratando-se de Estados soberanos, não há que se cogitar da interferência de um Estado na delimitação da jurisdição de outro. Cada Estado soberano possui o monopólio do poder para impor coercitivamente

³⁸⁴ “Por isto, os Estados preferem determinar as questões que devam ser sujeitas aos seus juízes, segundo critérios que a experiência jurídica fornece; e, por questão de conveniência, aceitam, às vezes, a validade de sentenças proferidas por juízes de outros Estados, ou mandam seus próprios tribunais aplicarem normas de processo estabelecidas em leis estrangeiras. Tudo isto com a finalidade de dar tratamento adequado a demandas que interessem à sua ordem jurídica, mas que também podem interessar à de outras nações. As normas que editar para esse fim são de direito público interno e pertencem ao chamado direito processual civil internacional” (BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 240).

³⁸⁵ CASTRO, Amílcar de, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, forense, 1987, p. 529.

³⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Os limites da jurisdição brasileira* in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 16. MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Da competência internacional e dos princípios que a informam* in *Repro*, n. 50, p. 51.

³⁸⁷ “A chamada ‘teoria da competência’ foi organizada m artigo publicado em 1906, a respeito de território, pelo jurista austríaco *Ernest Radnitzky*, que realçou a competência para determinar a competência, ou competência sobre as competências (*Kompetenz-Kompetenz*, conforme a técnica alemã); e este poder (competência) de definir todos os outros poderes (competências) é o conceito jurídico de soberania. Não confundir essa questão importantíssima, atinente a todos os poderes políticos (legislativo, executivo e judiciário), com esta outra, de âmbito bem mais reduzido: a verificação da competência judicial pelo próprio juiz, ao despachar a petição inicial, ou julgando exceção *declinatoria fori* (arts. 307 a 311 do Código de Processo Civil). *Kompetenz-Kompetenz* é noção de direito constitucional, não de direito processual. Alguns eminentes processualistas brasileiros, tomando a nuvem por Juno, começaram a aplicar essa expressão alemã, para dizer que o juiz verifica a sua própria competência, e decide a respeito, antes de julgar a causa, quando isto nunca esteve no pensamento de *Radnitzky*, ao organizar aquela teoria, referente, não a esta questão secundária, mas àquela outra, primordial, muito mais importante, que é a fixação da competência legislativa, executiva e judiciária pela constituição” (CASTRO, Amílcar de, *Direito Internacional...*, op. cit., p. 6).

³⁸⁸ “As normas que definem a extensão da jurisdição de um Estado são normas diretamente fundadas na soberania nacional e, por isto, não se acham submetidas à vontade das partes interessadas” (MESQUITA, Botelho de, *Da competência...*, op. cit., p. 52).

as suas decisões em seu território, sendo assim, ao arrogar-se a competência exclusiva para julgar determinadas causas, um Estado soberano quer com isso dizer que ignora a decisão de qualquer outro órgão jurisdicional (vinculado a outro Estado) a respeito das causas em relação às quais arrogou-se a competência exclusiva. Vale dizer, nega-lhes a homologação, o *exequatur* (tudo traduz-se, portanto, na determinação da *homologabilidade* das sentenças estrangeiras)³⁸⁹.

No caso específico da regra a respeito da competência exclusiva para julgar qualquer demanda relativa a imóveis, ensina HÉLIO TORNAGHI, que é ela consuetudinária no Direito Internacional. Tal regra se apoia tanto na impossibilidade prática de um Estado executar uma decisão a respeito de imóvel localizado no outro, quanto pelo fato de o imóvel representar parcela do próprio território nacional, de modo que a interferência de um Estado na destinação de um imóvel inserido em outro poderia significar, em última análise, ato de violação da soberania alheia³⁹⁰.

É recorrente na doutrina e na jurisprudência o estabelecimento de uma ligação íntima entre a exclusividade da jurisdição a respeito de imóveis situados em território pátrio e a soberania nacional, considerando qualquer decisão alienígena a respeito de imóveis situados no Brasil como atentado direito à nossa soberania³⁹¹³⁹².

³⁸⁹ “Isso significa que ação processada e julgada no exterior não produz efeito em nosso território, ou seja, não poderá ser homologada pelo STF a sentença eventualmente proferida por autoridade judiciária estrangeira” (PIZZOL, Patricia Miranda in *Código de Processo Civil Interpretado*, op. cit., p. 210). “na esfera internacional a exclusão da justiça de outro país tem o efeito no não reconhecimento e, conseqüentemente, da neativa de homologação de sentença estrangeira sobre controvérsia que, segundo nosso Direito deva competir exclusivamente à Justiça brasileira” (TORNAGHI, Hélio, *Comentários...*, op. cit., p. 307).

³⁹⁰ “O foro da situação da coisa (*forum rei sitae*) pode considerar-se universalmente adotado. É norma consuetudinária, para o Direito Internacional Público, e norma interna aceita nas legislações, para o Direito Internacional Privado. Em outras palavras: Direito interno e direito Internacional coincidem neste ponto. A adoção do *forum rei sitae* decorre de razão de ordem prática, a da quase impossibilidade do processo movido fora do país em que o imóvel esteja situado, pois a execução da sentença teria sempre de operar-se nele, após a necessária homologação. Por outro lado, o imóvel é solo, seus acessórios e adjacências naturais; é aquilo que o homem incorpora permanentemente ao solo, isto é, o que acede fisicamente a ele; são as pertenças, que o proprietário faz aceder a imóvel para a sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade. Em uma palavra: os imóveis fazem parte do território nacional, integram o território nacional. Não seria possível um Estado admitir a competência de outro para decidir questões relativas a imóveis sem abrir mão da própria soberania” (TORNAGHI, Hélio, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo, RT, 1974, p. 308).

³⁹¹ “Acautela-se o legislador, neste inciso, quanto à preservação das normas de direito interno frente às estrangeiras, visto que a lide versa sobre porção do território nacional ou assuntos ligados com este território” (PRATA, Edson, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 315). “O art. 89 cuida de dois casos em que a competência da justiça brasileira exclui a de qualquer outro país, de modo que a sentença estrangeira proferida nas causas ali previstas não tem validade em nosso País (...) No item I, repete norma constante do art. 12, §1º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.42, e que é frequente nas legislações estrangeiras, porque há tendência geral a não admitir que

Por isso, parece claro que a regra a impedir o julgamento por outras jurisdições de demanda sobre imóveis situados no Brasil, visa, acima de tudo, a proteger a soberania do Estado brasileiro contra a ingerência de um outro Estado soberano qualquer. Muito diferente é a arbitragem, método de solução de controvérsias *paraestatal* por definição, que afasta o julgamento da demanda pelas autoridades judiciárias estatais, para que estas sejam julgadas por árbitros aos quais as partes decidem atribuir jurisdição (por meio do exercício da autonomia da vontade). PONTES DE MIRANDA, com razão, já afastava a arbitragem do poder estatal – mesmo em sua visão não jurisdicional do instituto – e a inseria no contexto de “quebra da exclusividade jurisdicional do Estado”, reconhecendo neste método de resolução de controvérsias o desenvolvimento da autonomia da vontade, correspondente a uma “tendência antinacional”, “internacionalista”³⁹³.

Embora não com este propósito, tal linha de raciocínio já é utilizada por nossos Tribunais Superiores, que fixaram a possibilidade de conceder *exequatur* à sentença estrangeira que homologue acordo de partilha amigável a respeito de imóveis situados no Brasil³⁹⁴. Chegou-se a afirmar expressamente no voto do relator de um dos acórdãos mencionados a “ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública na sentença

qualquer país decisa a respeito de bens imóveis situados em outro” (BARBI, Celso Agrícola, *Comentários...*, op. cit., p. 243).

³⁹² “considerando que ‘só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil’ (art. 12, § 1º, LINDB), a deliberação do juiz estrangeiro acerca de bem imóvel situado no Brasil, além de sua incompetência para tanto, implica em inegável ofensa à autoridade do Poder Judiciário Brasileiro, ferindo, por conseguinte, a soberania nacional” (SEC 7.171/EX, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 20/11/2013, DJe 02/12/2013).

³⁹³ “A jurisdição supõe exclusividade e permanência. Salvo se o Estado permite outra jurisdição, ou foi, de fato ou de direito, privado de seu território. No primeiro caso, deu-se a invasão; no segundo, a perda da categoria de Estado independente, ou a perda de parte do território, ainda que continue a ter no local a sua justiça. A permanência é a exclusividade no tempo. Não a exclui o fato de se admitirem os juízes árbitros, se bem que se trate, muitas vezes, de expediente internacional para se obter a justiça com quebra da exclusividade jurisdicional do Estado débil. Por isso mesmo, o interesse pelo juízo arbitral, invasão dos quadros judiciários pela autonomia da vontade, corresponde à tendência antinacional, ‘internacionalista’, do capitalismo tardio. O Código de Processo Civil, arts. 1.072-1.102, como o de 1939, arts. 1.031-1.046, manteve certa atitude prudente, a esse respeito, que será analisada no lugar próprio” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, 2ª ed., Belo Horizonte, Forense, 1979). O tratamento legislativo vigente à época – cuja atitude foi considerada “prudente” pelo autor – exigia a homologação do laudo arbitral para obtenção do *exequatur*, tal qual ocorria com as sentenças estrangeiras.

³⁹⁴ “Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública na sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado. Precedentes” (SEC 1304/US, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 19/12/2007, DJe 03/03/2008) “Não viola a soberania nacional o provimento judicial estrangeiro que ratifica acordo, celebrado pelos antigos cônjuges, acerca de bens imóveis localizados no Brasil. Precedentes. Pedido formulado conforme o art. 216 do Regimento Interno do STF. Homologação deferida.” (SEC 7146/EU, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ de 02/08/2002).

estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que *tão somente ratifica o que restou pactuado*” (g.n.)³⁹⁵.

Ora, se o escopo da norma que estabelece a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira para julgar demandas relativas a imóveis aqui situados é proteger nossa soberania contra a ingerência de outros Estados – e não contra a livre manifestação de vontade acerca de direitos disponíveis – nada mais natural que seja francamente reconhecida a possibilidade de reconhecer a validade de sentença estrangeira que simplesmente homologou a vontade das partes acerca de seus direitos patrimoniais disponíveis.

Por este mesmo raciocínio, com ainda mais razão, também não há qualquer empecilho a considerar arbitráveis as demandas – de qualquer espécie – que versem sobre imóveis situados no Brasil, já que a jurisdição arbitral é, como vimos, concedida e delimitada pela livre manifestação de vontade das Partes, e não por um ato de soberania estatal³⁹⁶. Como visto, a arbitragem significa retirada da controvérsia do próprio âmbito da jurisdição estatal, não havendo (nos sistemas jurídicos mais avançados) sequer necessidade de atividade homologatória, tal como ocorreu nas sentenças estatais estrangeiras que homologam acordo sobre imóveis situados no Brasil e foram homologadas por nossos Tribunais Superiores³⁹⁷.

No limite, pela mesma linha de raciocínio verificada no entendimento jurisprudencial acima mencionado, não hesitamos em afirmar a plena arbitrabilidade das demandas que versem sobre imóveis aqui situados, bem como, no limite, a plena *homologabilidade* das sentenças estrangeiras que versem sobre estes mesmo imóveis, já que as sentenças arbitrais (nacionais ou estrangeiras) são atos derivados diretamente da livre manifestação de vontade das partes. É esta livre manifestação de vontade que confere jurisdição ao tribunal arbitral (nacional ou estrangeiro), e não um ato soberano de Estado estrangeiro que possa ameaçar a soberania nacional.

³⁹⁵ SEC 1304/US, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 19/12/2007, DJe 03/03/2008.

³⁹⁶ Embora não com o presente enfoque, ADRIANA GUGLIANO HERANI DEYAMA também pressupõe a arbitrabilidade das controvérsias sobre imóveis e defende a registrabilidade da sentença arbitral que verse sobre tais demandas por considerar a propriedade imobiliária como direito patrimonial disponível (*Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis* in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 72, p. 127-160).

³⁹⁷ Atualmente, a competência constitucional para homologar sentença estrangeira é do Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso I, alínea “i”, Constituição Federal).

Feitas todas estas considerações, fica evidenciado que a dificuldade causada ao reconhecimento da arbitrabilidade das demandas que versem sobre imóveis situados no Brasil é, de fato, apenas aparente, pois não há qualquer regra cujo objetivo é retirar do âmbito da disposição das partes a decisão acerca de ações envolvendo imóveis aqui situados³⁹⁸. Concluímos, portanto, pela plena arbitrabilidade de tais demandas, sendo plenamente possível se falar em fraude à execução na arbitragem também na hipótese do inciso I do artigo 593 do Código de Processo Civil.

5.5 A QUESTÃO DA CONFIDENCIALIDADE E SEUS REFLEXOS NO RECONHECIMENTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO: AS POSIÇÕES E AS CAUTELAS À DISPOSIÇÃO DO CREDOR QUE OPTA PELA ARBITRAGEM

Talvez o maior obstáculo para o reconhecimento da fraude à execução durante o processo arbitral seja a existência da usual confidencialidade da arbitragem, já que, diferentemente do que ocorre no processo estatal, em que aquele que adquire determinado bem pode se valer da cautela de averiguar a existência de alguma demanda em curso capaz de reduzir o alienante à insolvência, o sigilo a respeito da existência da própria demanda arbitral impede a tomada da mesma conduta (ou ao menos a exigibilidade de tal padrão de conduta) para a investigação acerca de eventuais demandas arbitrais contra o alienante. Tais circunstâncias poderiam colocar em xeque a própria efetividade no reconhecimento da fraude à execução decorrente de uma alienação durante o processo arbitral.

Antes, contudo, de analisar os efeitos que a confidencialidade pode gerar para o reconhecimento da fraude à execução, importante analisar o próprio conteúdo da

³⁹⁸ Embora a arbitrabilidade de tais modalidades de demandas não fosse a questão discutida, existe interessante julgado que tomou tal fato como pressuposto para o fim de discutir a possibilidade de instauração de conflito de competência – trata-se do Conflito de Competência 113.260/SP, publicado e comentado na *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 29, p. 133 e ss. Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi chega a valer-se de entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça para asseverar que: “para um procedimento arbitral tendente ao cumprimento desse compromisso com a adjudicação do imóvel, a competência que foi atribuída à Câmara Arbitral seria, originalmente, a do local do imóvel (*forum rei sitae* – AgRg-REsp 773.942/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe de 05.09.2008). Para um procedimento tendente a requerer o pagamento das parcelas do compromisso ou sua anulação, a competência, ausente eleição de foro, seria a do domicílio dos réus (REsp 967.826/RN, minha relatoria, 3ª Turma, DJ de 22.11.2007)”.

confidencialidade, que é corriqueiramente apontada como uma das vantagens da arbitragem.

As partes que optam pela solução de seus litígios pela via arbitral levam em consideração esta característica como fator determinante na escolha deste método de solução de controvérsias³⁹⁹. Não é difícil concordar que a confidencialidade proporciona que as disputas sejam resolvidas num ambiente mais amigável, sem que a existência do conflito sinalize – para os contratantes em litígio ou para outros agentes do mercado – uma ruptura de relações contratuais⁴⁰⁰. A confidencialidade também permite a solução de controvérsias com a preservação de segredos comerciais e industriais estratégicos⁴⁰¹. Por fim, como lembra LUIZ OLAVO BAPTISTA, a confidencialidade também pode interessar aos próprios árbitros, os quais podem querer não tornar pública a sua participação no caso ou a posição por eles tomada, especialmente nos casos de decisões não unânimes⁴⁰².

Justamente com foco na vantagem da confidencialidade, formou-se tradicionalmente, no cenário internacional, a concepção de que a confidencialidade era inerente à arbitragem, havendo dever de sigilo⁴⁰³ imposto àqueles que escolhessem a via arbitral para solução de suas controvérsias e para todos que dela participassem de alguma maneira⁴⁰⁴. Entretanto, neste mesmo cenário internacional, o dogma da confidencialidade enquanto algo intrínseco da arbitragem começou a perder força a partir de um precedente australiano de grande repercussão⁴⁰⁵. Trata-se do caso *Esso*

³⁹⁹ Sobre a importância da confidencialidade como meio de proteção de segredos comerciais cfr. NETO, José Cretella, *Quão sigilosa é a arbitragem?* in *Revista de Arbitragem e Mediação* n. 25, p. 44 e ss.

⁴⁰⁰ “A confidencialidade visa permitir que quaisquer controvérsias sejam dirimidas de forma amigável sem que a existência daquelas possa afetar a continuidade das relações contratuais, nem que sejam essas controvérsias entendidas pelos terceiros como ruptura de relações contratuais. Casos haverá em que a simples ciência de existir uma controvérsia poderá afetar direitos associados a essa relação que se tornou litigiosa, tais como a expectativa de desempenho de companhias e de seus negócios, sem mencionar a sua relativa posição concorrencial” (PINTO, José Emilio Nunes, *A confidencialidade na arbitragem* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, p. 26-27).

⁴⁰¹ Nesse sentido, BRAGHETTA, Adriana, *Notas sobre a confidencialidade na arbitragem* in *Revista do Advogado*, n. 119, p. 8.

⁴⁰² *Confidencialidade na arbitragem* in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 200.

⁴⁰³ Valemo-nos aqui da sinonímia entre confidencialidade e sigilo utilizada por José Emilio Nunes Pinto (*A confidencialidade...*, op. cit., p. 25). Sigilo e confidencialidade, do ponto de vista gramatical, possuem idêntico valor semântico em nosso vernáculo. Também utiliza os substantivos como sinônimos LEMES, Selma Ferreira, *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual* in *RDM* n. 134, p. 148-163.

⁴⁰⁴ GAGLIARDI, Rafael Villar, *Confidencialidade na arbitragem comercial internacional* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 36, p. 96 e ss.

⁴⁰⁵ Sobre a confidencialidade no cenário internacional cfr. BORN, Gary B., *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012, p. 195-202.

*Australia Resources Ltd v. Plowman*⁴⁰⁶, no qual a *High Court* australiana considerou que a confidencialidade não era inerente à arbitragem, sendo necessário que tal dever constasse expressamente na convenção de arbitragem.

Relatório interessante realizado pelo Comitê de Arbitragem Comercial Internacional no ano de 2010 revelou grande heterogeneidade nas regras internas nacionais a respeito da existência de um dever implícito de confidencialidade na arbitragem⁴⁰⁷ e acabou por recomendar que a existência e a extensão de tal dever seja expressamente previsto na convenção arbitral⁴⁰⁸.

No Brasil, JOSÉ EMILIO NUNES PINTO defende que o dever de confidencialidade na arbitragem seria implícito em nosso direito em relação a todos os envolvidos na arbitragem – com fundamento legal no artigo 422 do Código Civil – sendo imposto expressamente aos árbitros (artigo 13, §6º, Lei de Arbitragem)⁴⁰⁹. Em sentido contrário, parece prevalecer o entendimento sobre a inexistência de qualquer dever legal implícito de sigilo na arbitragem, devendo este ser avençado na cláusula convenção de arbitragem⁴¹⁰. Tal entendimento é, inclusive, explicitado no Projeto-lei nº

⁴⁰⁶ Entre tantos outros comentadores, cfr. BORN, Gary B., *International Arbitration. Cases and Materials*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 797 e ss.

⁴⁰⁷ Nos trinta e um países pesquisados, em menos da metade foi possível, a partir da análise da legislação e da jurisprudência, afirmar categoricamente que existiria um dever de confidencialidade implícito (DE LY, Filip; BROZOLO, Luca G. Radicati di; FRIEDMAN, Mark, *Confidentiality in International Arbitration in Revista de Arbitragem e Mediação*, n.31, p. 227-230. Conferir tabela).

⁴⁰⁸ DE LY, Filip; BROZOLO, Luca G. Radicati di; FRIEDMAN, Mark, *Confidentiality...*, op. cit., p. 223.

⁴⁰⁹ *A confidencialidade...*, op. cit., p. 31 e ss. O autor justifica o dever de confidencialidade com base na boa-fé objetiva, que imporia àqueles que avençaram resolver seus litígios por meio da arbitragem a obrigação de sigilo, já que este seria o *standard* de comportamento esperado das partes, uma vez que a violação do sigilo frustraria uma legítima expectativa da outra parte contratante: “admitindo-se que a confidencialidade é inerente ao procedimento arbitral, elegem essa via com essa finalidade específica (...) em razão dos deveres laterais da boa-fé, impostos a ambas as partes contratantes, entendemos existir, no direito brasileiro, um dever de sigilo, sendo este da essência da própria arbitragem em relação a dados, informações e documentos trazidos ao procedimento arbitral por qualquer das partes. Corolário desse *standard* de comportamento exigido das partes é o dever de manter confidencial a respectiva sentença arbitral proferida” (Op. cit., p. 33-34). Também entende que o dever de confidencialidade é imposto aos árbitros e ao órgão arbitral diretamente pela Lei de Arbitragem, independentemente de qualquer previsão convencional na cláusula arbitral, no termo de arbitragem ou no regulamento da instituição, FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; e MONTEIRO, André Luís, *A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções in Revista de Direito Privado v. 49*, p. 227.

⁴¹⁰ Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel, *A arbitragem...*, op. cit., p. 62-63. FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luiz, *A confidencialidade na Arbitragem. Fundamentos e Limites in Arbitragem. Temas contemporâneos*, coord. LEMES, Selma Ferreira e BALBINO, Inez, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 4421. BRAGHETTA, Adriana, *Notas...*, op. cit., p. 8. CAHALI, Francisco José, *Curso...*, op. cit., p. 220. CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo*, op. cit., p. 51. Este último diferencia o dever de sigilo com o de discrição (Op. cit., p. 246).

406 de 2013, ao prever o segredo de justiça para a execução da “carta arbitral”, quando a confidencialidade houver sido avençada⁴¹¹.

Todavia, mesmo entendendo-se que o dever de sigilo não decorre de imposição legal, sendo convencional, fato é que tal dever é usual na arbitragem doméstica, estando ele previsto nos regulamentos e códigos de ética das principais instituições arbitrais nacionais⁴¹² e nos órgãos arbitrais estrangeiros comumente utilizados pelos brasileiros⁴¹³. Em tais instituições, a extensão do dever de sigilo determina a impossibilidade de divulgação da existência da própria arbitragem, e, com mais forte razão, de todo o conteúdo dos atos processuais praticados e provas produzidas (documentos, laudos periciais e transcrições e gravações de audiências)⁴¹⁴. Desse modo, pode-se afirmar, sem qualquer receio, que não é praxe em nosso sistema jurídico a existência de um banco de dados ou qualquer outro meio de acesso à informação sobre a existência de demandas arbitrais.

Mesmo nas arbitragens envolvendo a administração pública, em que a confidencialidade é mitigada em razão do princípio constitucional da publicidade na Administração⁴¹⁵, ainda não se tem notícia de um órgão da administração pública responsável por manter um banco de dados sobre as arbitragens envolvendo entes integrantes da Administração.

Por fim, deve-se atentar para um ponto que parece incontroverso – e mesmo lógico – a respeito do caráter não absoluto da confidencialidade *convencional* na arbitragem. Os autores chegam a falar em uma “confidencialidade realtiva”⁴¹⁶ ou

⁴¹¹ Assim estabelece o artigo 22-C, que será acrescentado à Lei de Arbitragem, caso o Projeto-lei seja aprovado: “O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral, para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem”.

⁴¹² Apenas para permanecer naquelas instituições acima já mencionadas, o dever de sigilo está expresso no artigo 14 do Regulamento do CAM-CCBC e no artigo 5º do Código de Ética da CMA.

⁴¹³ O caráter confidencial dos trabalhos da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, órgão que administra o procedimento e faz o escrutínio (controle formal) da sentença proferida pelo Tribunal Arbitral, é previsto no artigo 6º de seu Estatuto e artigo 1º de seu Regulamento Interno. No âmbito do ICDR, o dever de sigilo é previsto no artigo 34 de seu Regulamento.

⁴¹⁴ É usual a publicação de sentenças arbitrais – como tentativa de fomento à formação de uma jurisprudência arbitral – como ocorre na CCI, que tradicionalmente publica compilação de julgados proferidos em arbitragens por ela administradas. No Brasil, embora ainda não se tenha notícia de efetiva publicação de ementário de jurisprudência arbitral nacional, a possibilidade é prevista nas regras do CAM-CCBC. Todavia, mesmo nestes casos, a publicação é normalmente descaracterizada, para impossibilitar a identificação das partes (artigo 14.1.1 do Regulamento do CAM-CCBC).

⁴¹⁵ Sobre o tema, cfr. LEMES, Selma Ferreira, *Arbitragem* ..., op. cit.

⁴¹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo, *Confidencialidade*..., op. cit., p. 208.

“relativização do sigilo”⁴¹⁷ em vista da necessidade, ditada por normas legais cogentes, de afastar em alguma medida o dever de sigilo convencional imposto aos participantes do processo arbitral.

Além da já tratada relativização nas arbitragens envolvendo a Administração, as hipóteses mais evidentes são aquelas em que uma das Partes tem de recorrer ao Poder Judiciário para executar ou anular a sentença arbitral⁴¹⁸. Hipótese que também pode ser estendida para a necessidade de se postular alguma medida de urgência previamente à instituição da arbitragem⁴¹⁹. Em tais hipóteses, ainda que seja deferido o segredo de justiça, em alguma medida a existência da demanda cautelar, anulatória ou executória divulgará em alguma medida informações relacionadas à arbitragem.

Para além dessas hipóteses, ligadas ao relacionamento da arbitragem com o Poder Judiciário, também é comum apontar outra hipótese em que o dever de confidencialidade é mitigado pelo interesse público: a divulgação de informações relevantes no mercado acionário⁴²⁰. Bem como quaisquer outras situações em que existir um dever legal de informar (estabelecido por normas cogentes) ou que houver interesse jurídico legítimo daquele que pretende relativizar o sigilo para defender um direito.

Todas essas considerações nos levam a colocar sérios obstáculos ao reconhecimento da fraude à execução ocorrida no curso de uma demanda arbitral. Isso porque, como tivemos a oportunidade de analisar acima, o *consilium fraudis* é elemento

⁴¹⁷ NETO, José Cretella, *Quão sigilosa...*, op. cit., p. 68.

⁴¹⁸ Por todos, cfr. PINTO, José Emilio Nunes, *A confidencialidade...*, op. cit., p. 34-36.

⁴¹⁹ “A jurisprudência deste Tribunal vem admitindo, em hipóteses excepcionais, o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial; para tanto, porém, é necessária a demonstração do *periculum in mora* e a caracterização do *fumus boni iuris*. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar” (AgRg na MC 19.226/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012).

⁴²⁰ Cfr. SEREC, Fernando Eduardo; COES, Eduardo Rabelo Kent, *Confidencialidade de arbitragem relativizada*, artigo disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-set-13/confidencialidade-arbitragem-relativizada-mercado>, acesso em 18/03/2014.

integrante desta modalidade de fraude, sendo representado pela ciência bilateral (devedor alienante e terceiro adquirente) sobre a existência da demanda. Vimos também que a princípio é do credor exequente o ônus de demonstrar a existência deste elemento subjetivo – fato constitutivo de seu direito – ônus que, de acordo com entendimento para o qual parece estar se redirecionando a jurisprudência, apenas seria modificado diante da existência de um padrão de conduta proba exigível daquele que pretende adquirir determinadas modalidades de bens (bens imóveis) – qual seja, a obtenção de certidões de distribuidores da comarca do imóvel e do domicílio do alienante.

À primeira vista, a confidencialidade usual da arbitragem poderia dificultar ou mesmo obstaculizar o reconhecimento da fraude à execução. Todavia, esta primeira impressão não corresponde à realidade.

Efetivamente, a inexistência de um banco de dados com o registro de demandas arbitrais⁴²¹ – o qual poderia, a exemplo da obtenção de certidão de distribuidores forenses, tornar público o acesso à informação e fomentar um *standard* de comportamento – faz com que não exista no processo arbitral a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do credor exequente, já que não haveria nenhum padrão de conduta cuja demonstração equivaleria à comprovação da boa-fé objetiva do terceiro adquirente. Nesse sentido, na arbitragem, a confidencialidade influencia no campo do ônus probatório do elemento subjetivo, dificultando o reconhecimento da fraude à execução na exata medida em que se dá a dificuldade para demonstrar a ciência do adquirente acerca da existência da demanda arbitral (já que a existência de inversão do ônus probatório é impossibilitada diante da ausência de padrão de conduta exigível do adquirente).

Entretanto, utilizamo-nos do mesmo raciocínio de CARMONA – sobre a possibilidade de qualquer meio de prova para demonstrar a ciência de uma demanda pelo alienante⁴²² – para estendê-lo à situação da fraude à execução no curso da demanda

⁴²¹ Cujas organização não é descartada – ainda que se restrinja ao valor da controvérsia e às partes envolvidas – por ser de interesse para a proteção da efetividade da jurisdição arbitral, na medida em que facilitaria o reconhecimento de atos praticados em fraude à execução.

⁴²² “Com efeito, se o credor puder provar que antes mesmo da citação o devedor teve conhecimento da existência da demanda, alienando seus bens para impedir a excussão patrimonial, não parece despropositado abrir exceção à regra para abarcar o ato na fraude de execução. Não resta dúvida alguma de que o réu pode saber da existência do processo antes da citação, seja porque a propositura da demanda foi notícia amplamente divulgada pela imprensa, seja porque o devedor, ao requerer do cartório do distribuidor, tomou conhecimento da existência da causa, seja porque em notificação do credor ao devedor a existência do processo foi mencionada. Todos esses atos (e muitos outros que possam ser

arbitral. O autor dá exemplos de situações, como a ampla divulgação midiática a respeito da existência da demanda e a notificação dirigida ao demandado que dê ciência da demanda contra ele proposta, que poderiam perfeitamente ocorrer na pendência de uma demanda arbitral. Outro mecanismo para demonstrar o conhecimento da existência da arbitragem é a existência de demanda judicial correlata à arbitragem – cautelar preparatória, pedido do tribunal arbitral para que o juízo estatal tome alguma medida coercitiva⁴²³, a existência de demanda de cumprimento de sentença parcial, aquela prevista no artigo 7º da lei de arbitragem, etc.

Não apenas a ciência do demandado poderia ser demonstrada da seguinte maneira, já que também o terceiro adquirente pode ter tido conhecimento da arbitragem pelos mesmos mecanismos, de modo que ainda persiste grande margem para o reconhecimento da fraude à execução.

Destacamos que mesmo a eventual decretação do segredo de justiça em qualquer das demandas judiciais correlatas à arbitragem acima tratadas não impediria o reconhecimento da fraude. O segredo de justiça apenas impede o acesso público às informações processuais⁴²⁴, jamais daquele que é parte na demanda (no caso, o devedor alienante que aliena bens em fraude à execução). Sendo assim, bastaria que o terceiro adquirente, como é de se esperar, exigisse do alienante as certidões e as informações sobre as demandas existentes contra ele para constatar a existência de uma arbitragem em curso.

Mais do que analisar as possibilidades de se demonstrar a ciência sobre a demanda arbitral, importante destacar alguns mecanismos que justificariam a quebra do dever convencional de sigilo para que aquele credor que opta pela via arbitral de soluções de controvérsia possa se resguardar do esvaziamento patrimonial nocivo praticado no curso da arbitragem.

imaginados) podem servir para fazer retroagir o marco inicial da fraude de execução ao momento da propositura da demanda. Caberá sempre ao exequente, não resta dúvida, o ônus de provar que o executado já estava ciente, ao tempo da oneração ou da alienação de bens, da existência da demanda que seria capaz de reduzir o executado à insolvência, ou da demanda que tornara litigiosa a coisa ou o direito alienado” (*Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 1951).

⁴²³ A “carta arbitral” prevista no artigo 22-C do Projeto-lei 406 de 2013.

⁴²⁴ Cfr. Resolução nº 121, de 5 de outubro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12239-resolucao-no-121-de-5-de-outubro-de-2010>, acesso em 18/03/2014.

EDUARDO PARENTE defende, com fundamento em uma interpretação analógica do artigo 615-A do Código de Processo Civil, a possibilidade de registro imobiliário da existência de uma demanda arbitral para o fim de impedir a fraude à execução⁴²⁵. Verificada a jurisdicionalidade da arbitragem e o efetivo exercício do direito de ação no processo arbitral, também não haveria qualquer empecilho de registro da demanda arbitral que versasse sobre, nos termos do artigo 167, inciso I, n. 21, da lei 6.015/73 – quando se tratar de demanda real ou pessoal reipersecutória.

Outro mecanismo interessante é apontado por RODRIGO FONSECA e ANDRÉ CORREIA, consistente na propositura de demandas cautelares de protesto contra alienação de bens (artigo 867 e seguintes, Código de Processo Civil) ou mesmo sequestro (artigo 822 e seguintes, Código de Processo Civil)⁴²⁶. Embora os autores tratem de sua utilização apenas após a sentença arbitral⁴²⁷, entendemos que, verificado o início da dissipação patrimonial fraudulenta, perfeitamente possível utilizar-se desses mecanismos no curso do próprio processo arbitral – valendo aqui, as mesmas considerações que fizemos acima acerca do registro imobiliário do protesto contra a alienação de bens⁴²⁸.

Por todas estas razões, estamos firmes de que a confidencialidade – embora efetivamente possa dificultar a demonstração do elemento subjetivo e inviabilizar a inversão do ônus da prova em favor do credor exequente – não possui o condão de impossibilitar o reconhecimento da fraude à execução na arbitragem. Reconhecer a possibilidade de fraude à execução no processo arbitral representaria duas grandes vantagens àqueles que optam por tal meio de solução de controvérsias em relação à alternativa que se lhes colocaria: o reconhecimento automático da fraude no curso da execução e a redução da amplitude do elemento subjetivo ao conhecimento do processo arbitral. A alternativa que se colocaria – caso não admitida a fraude à execução na arbitragem – seria ao credor exequente o ônus de iniciar demanda pauliana, na qual teria de demonstrar elemento subjetivo mais amplo, representado pela ciência do débito e do estado de insolvência gerado pelo ato de disposição patrimonial.

⁴²⁵ *Processo Arbitral...*, op. cit., p. 151-152.

⁴²⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia da; e CORREIA, André de Luiz, *A confidencialidade na Arbitragem. Fundamentos e Limites in Arbitragem. Temas contemporâneos*, coord. LEMES, Selma Ferreira e BALBINO, Inez, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 449-462.

⁴²⁷ Considerando especificamente uma sentença arbitral parcial.

6 CONCLUSÃO

Iniciamos o presente trabalho colocando em dúvida a aplicação na arbitragem da regra, prevista para o processo estatal, que sanciona a fraude à execução. A relevância da questão se liga à garantia da eficácia da própria sentença arbitral, que poderia restar comprometida em razão do esvaziamento patrimonial fraudulento realizado pelo devedor no curso da arbitragem.

Imbuídos desse propósito, partimos da análise dos próprios conceitos de execução e de responsabilidade patrimonial – atividade e princípio vitimados pelos atos praticados em fraude à execução. Em seguida, tivemos a oportunidade de nos dedicar ao estudo das diversas acepções do vocábulo fraude e das diversas espécies em que a fraude civil se manifesta – fraude à lei, fraude contra direitos em geral e fraudes contra o direito de crédito.

Esta última modalidade de fraude foi objeto de análise minuciosa, que nos permitiu verificar a diferença entre a fraude contra credores e a fraude à execução, as quais, embora ontologicamente muito semelhantes – exigência do *consilium fraudis* para a caracterização de ambas – diferem tanto na amplitude dos direitos protegidos (a fraude à execução também serve de proteção ao direito de sequência, além de resguardar o direito de crédito), quanto nos mecanismos para seu reconhecimento em juízo.

Discorremos sobre a vantagem procedimental do reconhecimento da fraude à execução *incidenter tantum* no bojo da própria atividade executiva (sem a necessidade de prévia demanda) bem como sobre a possibilidade de inversão do ônus probatório em favor do credor exequente quando presente padrão de conduta conforme a boa-fé objetiva (como decorrência da aplicação da carga dinâmica do ônus da prova).

Concluímos que a extensão do conteúdo do *consilium fraudis* é menor na fraude à execução do que na fraude contra credores. Na fraude à execução é dispensável demonstrar a ciência acerca do estado de insolvência – frustração dos meios executórios

⁴²⁸ Estamos convictos de que tal registro – ao contrário do que se entendeu no Superior Tribunal de Justiça – teria o condão de presumir de modo absoluto o conhecimento do processo arbitral em curso (*consilium fraudis*), caracterizando a fraude à execução.

– gerado pela alienação patrimonial: basta a demonstração da ciência do terceiro adquirente acerca da existência do processo.

Abraçada e defendida a tese da jurisdicionalidade da arbitragem – discussão já ultrapassada, mas imprescindível para sustentar a viabilidade de nossas conclusões – passamos pela constatação da arbitrabilidade objetiva das demandas sobre imóveis reais situados em solo brasileiro. Tais premissas nos permitiram confirmar a possibilidade de reconhecer a prática de atos em fraude à execução no curso do processo arbitral, nas duas hipóteses previstas no artigo 593 do Código de Processo Civil.

Por fim, verificamos que a confidencialidade, embora não seja uma característica inerente ao processo arbitral, exerce relevante reflexo no campo probatório do elemento subjetivo (*consilium fraudis*, que deve ser bilateral), uma vez que impossibilita o estabelecimento de um padrão de conduta conforme a boa-fé objetiva. Dessa forma, fica inviabilizada a inversão do ônus da prova a favor do credor exequente, sendo-lhe imposta a difícil tarefa de demonstrar a ciência do terceiro adquirente sobre a existência do processo arbitral. Para tentar melhorar a situação do credor que se utiliza da arbitragem, tentamos apresentar alternativas para que este possa assegurar a efetividade da jurisdição convencional.

Com as reflexões realizadas e conclusões obtidas, longe de esgotar o assunto, pretendemos ter iniciado e contribuído para o debate desta importante questão, tão cara àqueles que optam pela arbitragem para a resolução de disputas, uma vez que influente na própria efetividade da tutela jurisdicional almejada na via arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMADA, Ney de Mello, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, coord. R. Limongi França, São Paulo, Saraiva, 1977.

ALVIM, J. E. Carreira, *Tratado geral da arbitragem*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, *Fraude de execução*, São Paulo, Atlas, 2012.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei, *Execução e impugnação da sentença arbitral* in *Processo de execução e assuntos afins*, vol. 2, SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), São Paulo, RT, 2001.

AMERICANO, Jorge, *Da ação pauliana*, 2ª ed., São Paulo, Livraria Acadêmica, 1932.

ARMELIN, Donaldo, *Registro da penhora e fraude de execução* in *Revista do Advogado*, n.40, 1993.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, 11ª ed., São Paulo, RT, 2007.

ASSIS, Araken de, *Fraude à execução e legitimação do terceiro hipotecante* in *Lex: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, n. 116, 1989.

_____, *Manual da Execução*, 16ª ed., São Paulo, RT, 2013.

_____, *Manual do processo de execução*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)*, 1986.

BACELLAR, Roberto Portugal, *Mediação e arbitragem*, São Paulo, Saraiva, 2012.

BAPTISTA, Luiz Olavo, *Confidencialidade na arbitragem* in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra, Almedina, 2012.

_____, *Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de infração. Impossibilidade de anulação de sentença arbitral* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 36.

BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *O novo processo civil brasileiro*, 25ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

_____, *Privatização do processo?* in *Temas de direito processual*, 7ª série, São Paulo, Saraiva, 2001.

BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010.

BARROS, Luis Carlos de, *Da natureza do registro da penhora de bem imóvel, mencionado no art. 659, § 4º do Código de Processo Civil, e da necessidade do mesmo para a concretização da penhora e tipificação da fraude à execução* in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 3, n. 2.

BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Tratado de direito internacional privado*, vol. I, São Paulo, RT, 1977.

BAYEUX FILHO, José Luiz, *Fraude contra credores e fraude de execução* in *Revista de Processo*, n. 61.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf, *Efeitos do negócio jurídico nulo*, São Paulo, Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2009.

BELMIRO PEDRO WELTER, *Fraude de Execução*, 4ª ed., Porto Alegre, Síntese, 1999.

BERNARDES DE MELLO, Marcos, *Teoria do fato jurídico, Plano da Validade*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Beviláqua*, 3ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1927.

_____, *Teoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1908.

BONICIO, Marcelo José Magalhães, *Apontamentos sobre a aparente necessidade de averbação para configuração da fraude de execução segundo as novas regras do art. 615-A do CPC* in CARVALHO, Milton Paulo de (Org.), *Direito processual civil*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

BORN, Gary B., *International Arbitration. Cases and Materials*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

_____, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012.

BRAGHETTA, Adriana, *Notas sobre a confidencialidade na arbitragem* in *Revista do Advogado*, n. 119

BRENNER, Ana Cristina, *A fraude à execução examinada a partir de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça* in *Repro* 143.

BUENO, Júlio César, *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.

BUZAID, Alfredo, *Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1952.

CAHALI, Yussef Said, *Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2002.

CAIS, Frederico F. S., *Embargos de terceiro e fraude à execução* in *Revista de Processo*, n. 102, 2001.

_____, *Fraude de execução*, São Paulo, Saraiva, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas, *Arbitragem*, Rio de Janeiro, 1997, Lumen Juris,

CARMONA, Carlos Alberto, *A arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1993.

_____, *Arbitragem e Processo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

_____, *Código de Processo Civil interpretado*, coord. Antônio Carlos Marcato, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008.

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. da 5ª ed. italiana por San Tiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1989.

CARVALHO SANTOS, J.M. de, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964

CASTRO, Amílcar de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1983.

_____, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, trad. J. Guimarães Menegale, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013 e *Teoria geral do processo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

CLAY, Thomas, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito civil: parte geral*, vol. 1, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964.

COUTURE, Eduardo J., *Vocabulário jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

CREMADES, Bernardo M., *El arbitraje en la doctrina constitucional española* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 8.

CRETELLA NETO, José, *Quão sigilosa é a arbitragem?* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 25.

DANTAS, San Tiago, *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1942-1945.

DE LY, Filip; BROZOLO, Luca G. Radicati di; FRIEDMAN, Mark, *Confidentiality in International Arbitration* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 31.

DEYAMA, Adriana Gugliano Herani, *Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis* in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 72, p. 127-160.

DIAS, Maria Berenice, *Fraude à execução (algumas questões controvertidas)* in *Revista Ajuris*, n. 50.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, *Fraude no processo civil*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013.

_____, *Execução Civil*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

_____, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____, *Instituições de direito processual civil*, vol. 4, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, RT, 1987.

_____, *Manual dos juizados cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____, *Nova era do processo civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

ERPEN, Décio Antônio, *Do registro do protesto contra a alienação de bens móveis e imóveis* in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 48, p. 223-232.

ESPÍNOLA, Eduardo, *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*, vol. I, Bahia, Joaquim Ribeiro & Co., 1918.

FAZZALARI, Elio, *Instituzioni di diritto processuale*, 5ª ed., Pádua, CEDAM, 1989.

_____, *L'arbitrato*, Turim, UTET, 1997

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Suspeição e impedimento em arbitragem: sobre o dever de revelar* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 28.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; e MONTEIRO, André Luís, *A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções* in *Revista de Direito Privado* v. 49.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, *Arbitragem, jurisdição e execução* (2ª ed. do *Manual da Arbitragem*), São Paulo, RT, 1999.

FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luizi, *A confidencialidade na Arbitragem. Fundamentos e Limites* in *Arbitragem. Temas contemporâneos*, coord. LEMES, Selma Ferreira e BALBINO, Inez, São Paulo, Quartier Latin, 2012.

FRANÇA, R. Limongi, *Manual de direito civil*, 1º vol., 4ª ed., São Paulo, RT, 1980.

FURTADO, Paulo, *Juízo arbitral*, 2ª ed., Salvador, Nova Alvorada, 1995.

FUX, Luiz, *O novo processo de execução (cumprimento de sentença e a execução extrajudicial)*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

GAGLIARDI, Rafael Villar, *Confidencialidade na arbitragem comercial internacional* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 36.

GARNER, Bryan A.; e CAMPBELL, Henry Black, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Thomson, 2004.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Justicial Material* in *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1946, p. 1-4.

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.

_____, *Obrigações*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro*, vol. 1, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *A conciliação extrajudicial no quadro participativo in Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

_____, *O processo em evolução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

GUERRERO, Luis Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, São Paulo, Atlas, 2009.

HANADA, Nelson, *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005.

HOUAISS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Salles, *Dicionário Houaiss Da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

LA CHINA, Sergio, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milão, Giuffrè, 1995.

LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEMES, Selma Ferreira, *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual in RDM n. 134*.

_____, *O dever de revelação do árbitro e a ação de anulação de sentença arbitral in Arbitragem. Temas contemporâneos*, coord. LEMES, Selma Ferreira e BALBINO, Inez, São Paulo, Quartier Latin, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Embargos do executado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1968.

_____, *Os limites da jurisdição brasileira in Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1976.

_____, *Nulidade da sentença proferida sem citação do réu in Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, Bushatsky, 1976.

_____, *Processo de Execução*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986.

LIMA, Alvino, *A fraude no direito civil*, São Paulo, Saraiva, 1965.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro da penhora in Revista de Processo*, ano 25, n. 98.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *Código de Processo Civil interpretado e anotado*, 5ª ed., Barueri, Manole, 2013.

MAGALHÃES, José Carlos de, *A tutela antecipada no processo arbitral in Revista de Arbitragem*, n. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Processo Civil, vol 3: Execução*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008.

_____, e _____, *Procedimentos especiais*, São Paulo, RT, 2009.

MARQUES, José Frederico, *Manual de direito processual civil*, vol. 4, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978.

MATTOS E SILVA, Bruno, *Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva* in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 47, IRIB, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico, Plano da Validade*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução Civil*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2004.

MENDONÇA LIMA, Alcides de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977.

_____, *Direito processual civil*, São Paulo, José Bushatsky, 1977.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Da competência internacional e dos princípios que a informam* in *Repro*, n. 50.

_____, *A sentença mandamental* in *Revista do Advogado*, n. 78.

MORI, Amaury Haruo, *Pressupostos e efeitos da fraude à execução* in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 24, n. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil*, vol. 1, 42ª ed., atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2009.

MONTORO, Marcos André Franco, *Flexibilidade do procedimento arbitral*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco Naves da, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 45ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

NEHRING, Carlos, *A CCI e o Brasil* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9.

NEVES, Celso, *Da arrematação de real a real*, São Paulo, RT, 1958.

NUNES, Hélio da Silva, *Alienação de bem imóvel pendente demanda contra o alienante insolvente* in *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 123.

NUNES, Thiago Marinho, *Análise dos efeitos da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional, com visão a partir do direito brasileiro*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, José Sebastião de, *Fraude à execução*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

PACHECO, José da Silva, *Tratado das execuções*, 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1975.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Processo arbitral e sistema*, São Paulo, Atlas, 2012.

PEYRANO, Jorge Walter, *De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa* in *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, vol. I, atual. Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner, *A fraude à lei*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo, 2002.

PINTO, José Emilio Nunes, *A cláusula compromissória à luz do Código Civil* in *Revista de Arbitragem*, n. 4.

_____, *A confidencialidade na arbitragem* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6.

PIZZOL, Patricia Miranda in *Código de Processo Civil Interpretado*, op. cit.,

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 1973.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, 2ª ed., Belo Horizonte, Forense, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado*, t. IV, atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo, RT, 2012.

PRATA, Edson, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

REDENTI, Enrico, *Diritto Processuale Civile*, vol. III, Milão, Giuffrè, 1957.

REIS, José Alberto dos, *Processo de execução*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

Revista Brasileira de Arbitragem, n. 29, p. 133 e ss. – Conflito de Competência 113.260/SP.

RICCI, Edoardo Flavio, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983* in *Riv. dir. proc.*, 1983.

- RODRIGUES, Silvío, *Direito Civil, Parte Geral*, 34ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- ROOS, Crinstián Conejero e GRION, Renato Stephan, *Arbitration in Brazil: the ICC experience* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 10.
- SALAMACHA, José Eli, *Fraude à Execução: direitos do credor e do adquirente de boa-fé*, São Paulo, RT, 2005.
- _____, *A fraude à execução no direito comparado* in *Revista de Processo*, n. 131, 2006.
- _____, *Fraude contra credores: efeitos da ação pauliana* in *Revista de Processo*, ano 31, vol. 135.
- SALLES, Carlos Alberto de, *Arbitragem em contratos administrativos*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu, *O poder geral de cautela do juiz*, São Paulo, RT, 1993.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1988.
- SANTOS, Fernando Silva Moreira dos, *Impedimento e Suspeição do árbitro: o dever de revelação* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 35.
- SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de direito civil*, vol. 1, 7ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1989.
- SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz, *Teoria Geral do Processo Civil*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2010.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da, *As ações cautelares e o novo processo civil*, Porto Alegre, Sulina, 1973.
- _____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo, RT, 2000.
- _____, *Curso de Processo Civil*, v. 2, São Paulo, RT, 2000.
- SOUZA, Gelson Amaro de, *Fraude à execução e a natureza do direito protegido* in *Revista Jurídica*, ano 53, n. 336.
- _____, *Fraude à execução e o 'consilium fraudis'* in *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 75.

_____, *Fraude de execução e o devido processo legal* in *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 766.

_____, *Teoria da aparência e fraude à execução* in *Revista Jurídica*, n. 285.

TARZIA, Giuseppe, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale* in *Riv. dir. proc.*, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 44ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.

_____, *Fraude à execução – parecer* in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano I, n. 5.

_____, *Fraude contra credores, a natureza da sentença pauliana*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

_____, *A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo* in *Revista Jurídica*, ano 48, n. 279.

_____, *Processo de execução*, 21ª ed., São Paulo, Leud, 2002.

TRECCANI, Instituto Della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni, *Enciclopedia Giurica*, Roma, 2007.

TORNAGHI, Hélio, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo, RT, 1974.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil - Parte Geral*, vol. 1, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2012.

VERDE, Giovanni, *Arbitrato e giurisdizione* in *L'Arbitrato secondo la legge 28/83*, Nápoles, Jovene, 1985.

VIDAL, José, *Essai d'une Théorie Générale de la Fraude en Droit Français*, Paris, Dalloz, 1957.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2007.

WATANABE, Kazuo, *Cultura da sentença e cultura da pacificação* in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo, DPJ Editora, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz, *Simulação e processo de execução*, Processo de Execução e assuntos afins, coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, São Paulo, RT, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003.

ZANOBINI, Guido, *L'Esercizio Privato delle Funzioni e dei Servizi Pubblici*, Milão, 1920. Apud. CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo, Arbitragem e Processo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 273.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo de execução*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2004.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8, coord. Ovídio Araújo Baptista da Silva, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003.

ANEXO

Quadro Comparativo das propostas de modificação da legislação processual relativa à fraude à execução

Código de Processo Civil	Projeto-lei nº 166/2010⁴²⁹	Projeto-lei nº 8.046/2010⁴³⁰
Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:	Art. 715 Art. 748. Ficam sujeitos à execução os bens:	Art. 806. Ficam sujeitos à execução os bens:
I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;	I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;	I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;
II - do sócio, nos termos da lei;	II - do sócio, nos termos da lei;	II – do sócio, nos termos da lei;
III - do devedor, quando em poder de terceiros;	III - do devedor <u>quando estiverem, ainda que</u> em poder de terceiros;	III – do devedor, ainda que em poder de terceiros;
IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;	IV - do cônjuge <u>ou companheiro</u> , nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;	IV – do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida;
V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.	V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;	V – alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;
	VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido declarada	VI – cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação própria, de fraude

⁴²⁹ Foram tachados os trechos suprimidos e sublinhadas as alterações inseridas pelo Senado, apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira, não constantes do Anteprojeto elaborado pela Comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux. Redação esta aprovada pelo Senado, que submeteu o texto aprovado do Projeto-lei nº 166 à Câmara dos Deputados em dia 20 de dezembro de 2010. As alterações inseridas pelo Senado e o texto original do Anteprojeto da Comissão de Juristas estão disponíveis em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>, acesso em 18/03/2014.

⁴³⁰ “Texto-base” do Projeto-lei nº 8.046/2010 aprovado na Câmara dos Deputados, disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/minuta-cpc-votada-camara.pdf>, acesso em 18/03/2014.

	ineficaz anulada em razão do reconhecimento, em ação própria, de fraude contra credores.	contra credores; VII – do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.
<p>Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:</p> <p>I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;</p> <p>II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;</p> <p>III – nos demais casos expressos em lei.</p>	<p>Art. 716 Art. 749. Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens:</p> <p>I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, desde que haja registro público; ou prova da má fé do terceiro adquirente;</p> <p>II – quando houver registro público da constrição do bem objeto de ação pendente ou prova da má fé do terceiro adquirente quando sobre eles existir a averbação da existência da ação, na forma do art. 785;</p> <p>III – quando sobre eles existir registro de hipoteca judiciária ou de ato de constrição judicial originário da ação onde foi arguida;</p> <p>IV – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;</p> <p>IVV – nos demais casos expressos em lei.</p> <p><u>Parágrafo único. Não havendo registro, o terceiro adquirente tem o ônus da prova de que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a</u></p>	<p>Art. 808. Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bem:</p> <p>I – quando sobre ele pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;</p> <p>II – quando tiver sido averbada, em seu registro, a pendência do processo de execução, na forma do art. 844;</p> <p>III – quando tiver sido averbado, em seu registro, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;</p> <p>IV – quando, ao tempo da alienação ou oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;</p> <p>V – nos demais casos expressos em lei.</p> <p>§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.</p> <p>§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro</p>

	<p><u>exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.</u></p>	<p>adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor.</p> <p>§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.</p> <p>§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o órgão jurisdicional deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de quinze dias.</p>
<p>Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.</p> <p>§ 1º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.</p> <p>§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o</p>	<p>Art. 753 Art. 785. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz com a identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.</p> <p>§ 1º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de dez dias de sua concretização.</p> <p>§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, <u>será determinado o exequente providenciará o cancelamento</u> das</p>	<p>Art. 844. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.</p> <p>§ 1º No prazo de dez dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas.</p> <p>§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de dez dias, o cancelamento das averbações relativas aqueles</p>

<p>cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.</p> <p>§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).</p> <p>§ 4º O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.</p> <p>§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.</p>	<p>averbações relativas àqueles não penhorados, <u>no prazo de dez dias</u>.</p> <p>§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.</p> <p>§ 4º O exequente que promover averbação manifestamente indevida <u>ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º</u>, indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.</p> <p>§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.</p>	<p>não penhorados, no prazo de dez dias. O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.</p> <p>§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.</p> <p>§ 4º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.</p>
<p>Art. 659. ... § 1º Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros. (...)</p> <p>§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem</p> <p>prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício</p>	<p>Art. 769 Art. 801. Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, a detenção ou a guarda de terceiros.</p> <p>§ 1º A penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, e a penhora de veículos automotores, quando apresentada certidão que ateste a sua existência, serão realizadas por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por esse ato</p>	<p>Art. 861. Efetuar-se-á a penhora onde se encontrem os bens, ainda que sob a posse, a detenção ou a guarda de terceiros.</p> <p>§ 1º A penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, e a penhora de veículos automotores, quando apresentada certidão que ateste a sua existência, serão realizadas por termo nos autos.</p> <p>§ 2º Se o executado não tiver bens no foro da causa, não sendo possível a</p>

<p>imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.</p> <p>§ 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário.</p>	<p>será constituído depositário.</p> <p>§ 2º Se o devedor não tiver bens no foro da causa, não sendo possível a realização da penhora nos termos do § 1º, a execução será feita por carta, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens no foro da situação.</p>	<p>realização da penhora nos termos do § 1º, a execução será feita por carta, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens no foro da situação.</p>
--	---	---