

FRAUDE DE EXECUÇÃO

HENRIQUE DAMIANO(*)

Uma das proposições inerentes ao princípio de que o patrimônio do devedor constitui a garantia comum dos seus devedores é a de que só os bens do devedor respondam por suas obrigações e não os alheios.

O patrimônio disponível do cidadão é o sustentáculo de suas obrigações. Isto vem confirmado na orla do Direito Processual Civil, no Livro II, cap. IV do Código de Processo Civil sob o título de: "Da Responsabilidade Patrimonial".

Fraude de Execução e Fraude contra Credores

Enrico Túlio Liebman, citado por Humberto Theodoro Jr. (Processo de execução, 7ª ed., Leud, 1983, pág. 155), ensina que: "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". Vê-se que, embora sejam diferentes os institutos a linha que os separa na prática, é apenas a existência ou não de uma ação. Ação no sentido de demanda, litígio, lide, controvérsia, etc., e não no tecnicismo definido pela doutrina. Se a alienação ou remissão aconteceu antes da existência da ação é considerado fraude contra credores. Se ocorre posteriormente à propositura da ação tende como fraude de execução com conseqüências totalmente diversas.

Registro da Penhora

Para configuração da fraude de execução, há uma corrente no sentido de que é desnecessário qualquer registro público (Prof. Ernani Fidelis dos Santos, "Manual de Direito Processual Civil", vol. 3/86, Saraiva, 1987).

É conhecida a orientação dos Tribunais, que reiteradamente proclama: "Fraude de execução. Não há cuidar, na espécie, da boa ou má fé do adquirente do bem do devedor para figurar a fraude. Basta a certeza de que, ao tempo da alienação, já corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo à insolvência. Proposta a execução, desnecessária a inscrição da penhora para a ineficácia de venda posteriormente feita, sendo suficiente o desrespeito a ela, por parte da executiva" (RT 122/348 in "Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor", Theotônio Negrão, 21ª ed., nota de rodapé ref. art. 593).

(*) Henrique Damiano é Juiz Presidente da 2ª JCJ de Sorocaba.

A orientação tradicional dispensa o exame do elemento subjetivo do adquirente, bem assim o registro da penhora, bastando comprovar a lide e a alienação do bem, configurada estaria a fraude.

Inovando em relação ao texto codificado, a Lei n. 6.830 de 1980, que rege a execução fiscal, aplicável subsidiariamente à execução trabalhista por força do art. 889 da CLT, determina que o despacho positivo inicial importa em autorização também para o registro da penhora ou do arresto (art. 7º IV): I — no ofício próprio, se o bem for imóvel ou a ele equiparado; II — na repartição competente para emissão de certificado se for veículo; III — na Junta Comercial, na bolsa de valores e na sociedade comercial, se forem ações, debênture, parte beneficiária, cota ou qualquer outro título, crédito ou direito societário nominativo (art. 14).

Com tal inovação, o direito brasileiro aproximou-se do sistema europeu no qual a penhora somente se aperfeiçoa com a apreensão, o depósito e o registro.

Encontra-se em pleno desenvolvimento na doutrina e jurisprudência o posicionamento no sentido de que: 1) o registro da penhora em caso de execução, seria prova pré-constituída da fraude dispensando qualquer outra providência para a caracterização da mesma, e 2) se ausente tal registro, caberia ao credor demonstrar a má-fé do adquirente porque todo o sistema jurídico pátrio se assentava no princípio da boa-fé.

Defendendo tal posicionamento o professor Moacyr Amaral Santos, afirma: "Não tendo a citação sido levada àquele Registro, conquanto ainda exista a fraude, cumpre ao exequente prová-la, o que vale dizer que insta a este provar que o terceiro adquirente ou beneficiário — com a oneração dos bens tinha conhecimento da ação pendente contra o alienante" (Primeiras linhas de direito processual civil", vol. 3/235 e 236, n. 880, 1979).

No "IV Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada", realizado em Belo Horizonte em junho de 1983, foi aprovada a seguinte tese apresentada pelo Juiz Décio Antonio Erpen, do Eg. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul: "Necessidade de registro de penhora para surtir efeitos frente a terceiros de boa fé" (apud Theotônio Negrão, "Código de Processo Civil", 1984, nota 6 ao art. 593, pág. 218).

Para caracterizar a fraude de execução não é necessário o registro da penhora. Tal registro se constitui em prova pré-constituída, dispensando toda e qualquer outra prova porque a fraude é presumida (art. 240 da Lei n. 6.015). Se não promovido o registro, deve a parte comprovar a fraude por todos os meios permitidos pelo sistema, sendo ônus probatório do credor.

Quem vai adquirir um bem, ordinariamente consulta o que consta nos registros dos órgãos competentes e se nenhum registro constou até aquela data é de presumir-se que o bem esteja livre e desembaraçado no domínio daquele que figura como proprietário.

A lei, em especial a dos executivos fiscais, prevê o registro da penhora como apto a fazer prova de fraude de transação posterior. Se a alienação do bem penhorado fosse sempre ineficaz, sendo irrelevante a ciência do adquirente, não haveria razão para o registro.

A lei impõe ao credor o ônus de registrar eventual direito ou cautela, adjetivando de obrigatório o registro (art. 167, I, ns. 168, 169 e 240 da Lei 6.015/73).

Merece ser destacada a posição de Décio Erpen: “Não há fraude à execução se não se promoveu o registro da citação, do ato construtivo ou de demanda, mesmo que a alienação reduza o devedor à insolvência, salvo prova de que o adquirente conhecia essa circunstância, o que pode ser demonstrado em ação própria, dentro do contraditório” (in Yussef Cahali, “Fraude contra credores”, pág. 482).

Para evitar alienações fraudulentas, a lei processual coloca à disposição diversos remédios jurídicos que são aptos para demonstrar a fraude: 1) O protesto contra a alienação de bens (art. 870 único do CPC); 2) Arresto (art. 813 do CPC); 3) Arrolamento de bens (art. 855 do CPC); 4) Hipoteca judiciária (art. 466 do CPC).

Tais mecanismos processuais de proteção ao credor e a terceiros de boa fé, obstam alienações fraudulentas e impedem atos que agravem a insolvência do devedor, até que nos tempos modernos, como advertiu Retortillo, a **seriedade e a boa fé no contrato têm diminuído de modo acentuado e, com o relaxamento dos costumes e profunda crise de sentido moral, muitos são os negócios fraudulentos que surgem na vida do direito** (“La Lucha contra el Fraude Civil”, 1943, pág. 15/16, apud Nicanor M. Armando, “Fraude aos Credores e à Execução perante os Tribunais”, 1967, pág. 9).

Fraude a Credores e Fraude à Execução — Discussão em Embargos de Terceiro

Os embargos de terceiro no processo trabalhista constituem ação incidente interposta a qualquer tempo, enquanto não transitada em julgado a sentença na fase de conhecimento e até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remissão, desde que não tenha ainda sido assinada a carta respectiva, na fase de execução (CPC art. 1.048) (Wagner Giglio, Direito Processual do Trabalho”, LTr, pág. 448).

Indaga-se se a fraude contra credores e a fraude de execução podem ser discutidas no âmbito dos embargos de terceiro ou no caso da primeira, exige a distribuição de ação pauliana.

Pontes de Miranda no “Comentários ao Código de Processo Civil” (Primeira edição, t. XV/17, 42 e 43, Forense 1977, ns. 5 e 13) se alinha ao lado daqueles que admitem a discussão em embargos de terceiro. O ilustre doutrinador é citado pelo Min. Leitão de Abreu, quando julgou os ERE 90.934 (RTJ 100/717), nos seguintes termos:

..... “Na doutrina, o eminente Pontes de Miranda admite o cabimento do debate da matéria da ação pauliana em embargos de terceiro...”

....

“A incidentalidade dos embargos de terceiro não é só formal: a pretensão do terceiro embargante exerce-se naquele momento (da constrição), porque foi levado a defender seu bem. O ato do Estado é que faz espontar a ação. Por isso mesmo a ação de embargos de terceiro pertence àquela classe de ações que, ferindo-se o direito material, nascem no Direito Processual: foi ato processual que feriu a pretensão de terceiro. Daí, mais adiante, a lição de Pontes (ob. e loc. cit. pág. 76 n. 9): Sujeitos passivos das ações de embargos de terceiro são todos os que

são ou foram parte do processo". Assim o devedor, no caso, foi parte nos embargos de terceiro. Se houve, como alega o douto voto vencido, fazendo os embargos infringentes, também no ponto eco à alegação, falta de formalização do litisconsórcio necessário e se o resultado inevitável seria a anulação do processo, obviamente a solução não será a de recebimento dos embargos infringentes, com a procedência de tais embargos de terceiro nulos, mas, isto sim, a rejeição dos embargos infringentes e, via de consequência dos embargos de terceiro".

Pontes de Miranda constrói sua teoria no sentido de que pode a fraude a credores ser discutida no âmbito dos embargos de terceiro, sendo o devedor litisconsorte necessário, cuja notificação é absolutamente necessária para completar a relação jurídica processual.

A questão vem sendo analisada em nossa jurisprudência com bastante frequência, havendo decisões em ambos os sentidos. Admitindo a discussão de fraude a credores nos embargos de terceiro (RTJs 23/164, 57/514, 68/527, 70/124, 77/658, 80/305, 100/717). Em sentido contrário (RTJs 60/494, 87/972, 99/1191).

O último pronunciamento do STF que conseguimos localizar, é no sentido de cabimento da discussão da fraude a credores em embargos de terceiro.

O conhecimento da fraude a credores nos embargos de terceiro, vem de encontro a diversos princípios orientadores do processo trabalhista, dentre eles o da concentração, economia processual e instrumentalidade das formas, onde se aconselha que se suprima fases e formalidades inúteis, permitindo que o processo seja mais rápido e econômico.

Entendeu o 1º TACivSP no julgamento noticiado na RT 566/108, que a ação pauliana é declaratória negativa (declara apenas a ineficácia do negócio jurídico em relação ao credor), havendo possibilidade da discussão da fraude a credores dentro do âmbito dos embargos de terceiro.

Conclusão

1. Conforme exposição de motivos ao Código de Processo Civil de 1973: "Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça."

2. O registro da penhora, protesto pela alienação de bens, arresto, arrolamento de bens ou da hipoteca judiciária nos órgãos competentes, seria prova pré-constituída da fraude, dispensável qualquer outra providência para a caracterização da mesma;

3. Se ausente tal registro, caberia ao credor demonstrar a má-fé do adquirente porque todo sistema jurídico pátrio se assenta na boa-fé;

4. Há possibilidade de apreciação da fraude contra credor trabalhista e da fraude de execução (antes do registro nos órgãos competentes) em embargos de terceiro, sendo o devedor litisconsórcio necessário e cuja natureza jurídica da sentença será declaratória negativa, declaração de ineficácia.