

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A HIPOTECA JUDICIÁRIA COMO MEIO DE PREVENÇÃO À FRAUDE

Bárbara da Silva Queirobim

BÁRBARA DA SILVA QUEIROBIM

A HIPOTECA JUDICIÁRIA COMO MEIO DE PREVENÇÃO À FRAUDE

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Alexandre Freitas Câmara

Coorientadora:

Prof^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

BÁRBARA DA SILVA QUEIROBIM

A HIPOTECA JUDICIÁRIA COMO MEIO DE PREVENÇÃO À FRAUDE

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada emdede 2021. Grau atribuído:
BANCA EXAMINADORA
Presidente: Desembargadora Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.
Convidado: Prof. Rodrigo Reis Mazzei – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.
Orientador: Prof. Desembargador Alexandre Freitas Câmara — Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.





AGRADECIMENTOS

A Deus, por tornar tudo possível e por ter-me dado a oportunidade de conseguir concluir mais um ciclo da minha vida.

Ao professor orientador e amigo Alexandre Câmara, por se dispor a fazer essa parceria, mesmo que à distância, por responder com presteza e precisão a todas as perguntas possíveis e imagináveis durante a elaboração textual, por me encaminhar materiais necessários para o desenvolvimento da presente monografia, por provocar reflexões sobre o tema e me fazer refletir criticamente sobre o conteúdo e, principalmente, pelo carinho, paciência e atenção durante toda a produção monográfica.

À professora e coorientadora Mônica Fetzner, pela confiança que depositou no presente trabalho desde o primeiro esboço e pelo empenho e carinho com que leu e releu cada detalhe destas páginas; por toda paciência durante as reuniões online e compreensão pelos momentos de "bloqueio", trazendo sempre uma palavra de carinho e motivação.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar um ambiente ideal de estudos, reflexões e amadurecimento profissional; pelo auxílio, mesmo que por e-mails, durante essa pandemia que ainda estamos sofrendo.

Aos meus pais e ao meu irmão, amores da minha vida, obrigada, por sempre apoiarem e incentivarem meus projetos. Vocês são essenciais em minha vida. Sou grata por me amarem incondicionalmente e me ensinarem a ser, todo dia, uma pessoa melhor; por acompanharem cada um de meus passos e por terem me ensinado que todo trabalho realizado com dedicação será bem recompensado. Sem vocês, nada disso seria possível.

Aos meus amigos Ana Violeta, Carol, Jair, Juliana, Luiz, Marcella, Matheus, Mayara, Pâmela, Rachel, Victor Bredoff e Victor Lopes, agradeço especialmente, porque foram essenciais para a conclusão desse trabalho. Obrigada por estarem comigo em todas as fases da monografia e da Emerj, por compreenderem os momentos em que me fiz ausente, e por me ajudarem com palavras de incentivo, apoio e amor. Com vocês ao meu lado, foi tudo mais leve, divertido e prazeroso.

A todos os que, com palavras e atitudes, me ajudaram a chegar até aqui.

"Ninguém, muito menos o jurista, pode se subtrair ao peso da cruz que recai sobre cada ser humano, furtando-se à difícil responsabilidade de opções, críticas e lutas para resolver os problemas e as dificuldades que, dia após dia, afligem nossa vida, na qual nada está rigidamente predeterminado.

Por isso, cabe a cada um de nós, advogados, juristas, o dever de agir de maneira que nos parecer mais justa, ainda que cometendo erros, que deverão ser progressivamente depurados, através do método *trial and error, provando e reprovando*."

SÍNTESE

O presente trabalho analisa o instituto da hipoteca judiciária, prevista no art. 495 do Código de Processo Civil. Explica-se como a hipoteca judiciária é um efeito secundário da decisão condenatória que incide, em regra, sobre bens imóveis do vencido. Sua constituição não se subordina à coisa julgada, basta que haja uma decisão judicial. Seu registro não depende de mandado do juiz, devendo a parte, apenas, apresentar ao Cartório de Registro de Imóveis, a cópia da decisão que será autenticada. Por fim, atesta-se, neste trabalho, que a hipoteca judiciária é considerada um meio de prevenção à fraude, possuindo o intuito de evitar que ocorra alienação dos bens em fraude à execução, bem como de conceder ao credor hipotecário o direito de preferência sobre os demais credores.

PALAVRAS- CHAVE: Direito Processual Civil; Hipoteca Judiciária; Meio de prevenção às fraudes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
,	
1. HIPOTECA	12
1.1. Conceito	13
1.2. Natureza jurídica. A hipoteca é mesmo um direito real?	18
1.3. Espécies de hipoteca	26
2. HIPOTECA JUDICIÁRIA	33
2.1. Conceito	33
2.2. Origem da hipoteca judiciária	
2.3. Natureza jurídica e finalidade	
2.4. Aplicabilidade	
2.5. Direito de preferência	
•	
3. A HIPOTECA JUDICIÁRIA COMO MEIO DE PREVENÇÃO ÀS FRAUDES	54
3.1. As fraudes contra o credor: fraude pauliana e fraude à execução	
3.2. Meios de prevenção à fraude	76
3.3. A hipoteca judiciária como meio de prevenção às fraudes	
r	
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	86

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CDC – Código do Direito do Consumidor CPC – Código de Processo Civil CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

LC – Lei Complementar

P. – Página

Resp – Recurso Especial STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é analisar e refletir sobre a hipoteca judiciária como meio de prevenção à fraude. Prevista no artigo 495 do Código de Processo Civil, a hipoteca judiciária é um efeito anexo da decisão judicial que permite ao credor registrar a decisão no cartório de registro de imóveis, a fim de prevenir alienação do bem registrado e, portanto, ter seu crédito devidamente satisfeito. Mais especificamente, estudou-se a verdadeira natureza jurídica da hipoteca judiciária, sua aplicabilidade no âmbito jurídico e sua finalidade como meio de prevenção à fraude.

O novo Código de Processo Civil trouxe novidades para o ordenamento jurídico brasileiro e mais detalhes sobre a aplicabilidade da hipoteca judiciária, como, por exemplo, o direito de preferência ao credor hipotecário, que não existia nos Códigos de 1939 e 1973.

A hipoteca judiciária tem a finalidade de prevenir as fraudes à execução, pois seu registro no Registro de Imóveis torna a constrição judicial pública e torna o ato, que aliene o bem constrito, fraudulento e ineficaz perante o credor, permitindo que este persiga o bem até a satisfação do crédito.

É diante dessa tensão que se desenvolve o tema da pesquisa que deu origem a esta monografia.

Vale dizer que este trabalho procura compreender, de forma mais aprofundada, o instituto da hipoteca judiciária prevista no artigo 495 do CPC, uma vez que é pouco utilizada no ordenamento nacional.

No primeiro capítulo, demonstrou-se como surgiu a hipoteca no ordenamento brasileiro, quais princípios foram adotados, como ela foi constituída, para que possa compreender qual a sua real natureza jurídica, bem como quais são as espécies de hipoteca existentes no ordenamento jurídico brasileiro atualmente, os requisitos para sua constituição e sobre quais bens pode recair.

No segundo capítulo, abordou-se, especificamente, a temática da hipoteca judiciária, sua origem, sua evolução perante os Códigos de Processo Civil de 1939 até 2015, a verdadeira natureza jurídica, finalidade, como deve ser aplicada no ordenamento jurídico e seu direito de preferência determinado por lei.

No último capítulo, foram examinados os tipos de fraudes aos credores existentes no ordenamento jurídico brasileiro, seus meios de prevenção e como a hipoteca judiaria pode ser considerada um meio de prevenção a fraudes.

A proposta foi encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, consistindo na construção de conjecturas, baseada nas hipóteses de aplicação de princípios e seus efeitos já apresentados, as quais foram submetidas à análise crítica e confronto fático, para verificar quais hipóteses que persistiam como válidas.

Para tanto, o objeto desta pesquisa jurídica consubstanciou-se necessariamente explicativo, porquanto pretendeu esta pesquisadora se valer de levantamento bibliográfico pertinente à temática em foco, especificamente o Código de Processo Civil, bem como demais legislações aplicáveis, além da doutrina e jurisprudência, para analisar o seu objeto de pesquisa, explicando-o.

1. A HIPOTECA

A hipoteca foi conhecida tanto na Grécia, em Roma, como no Egito. Provém do nome grego *hypotheke*, que significa "sujeição de bens imóveis ao pagamento de uma dívida. Direito ou privilégio, que certos credores têm, de serem pagos pelo valor de certos bens imóveis do devedor, de preferência a outros credores, contanto que os seus créditos estejam devidamente registados". Para Venosa³ a hipoteca:

no Direito Romano, não houve originalmente lei alguma que a consagrasse. Surge da atividade pretoriana que concedia ação real reconhecendo a existência do Direito perante o devedor ou terceiros adquirentes da coisa posteriormente à garantia conferida. Essa garantia servia para a dívida principal e seus acessórios.

A hipoteca era, então, constituída para garantia de qualquer débito, assegurando ao credor a aquisição de posse da coisa no vencimento da obrigação⁴ e, ao mesmo tempo, lhe permitia a faculdade de alienar o bem hipotecado da forma que desejasse. Com o passar do tempo, por não existir uma lei regulamentadora para a hipoteca, que acabou sendo aplicada de forma geral, tornou-se um meio abusivo e perdeu o seu real sentido de garantia. Portanto, para Silva Pereira,⁵ "o direito brasileiro imprimiu ordem a esse caos".

Tudo indica que a hipoteca obtém suas características no meio rural,⁶ pois o rurícola deixava os bens de seu trabalho afetados ao cumprimento de uma dívida.⁷ E surgia a hipoteca quando o arrendatário de imóvel rural, em garantia do pagamento de aluguéis, entregava ao credor gados, utensílios e escravos, mas sem que ocorresse o desapossamento.

A hipoteca ingressou no Direito brasileiro por meio do Direito das Ordenações, assimilando o Direito Romano e suas deficiências. Venosa⁸ expõe perfeitamente essa aplicação:

em nosso país, a primeira lei que substituiu as Ordenações foi de 1843 (Lei nº 317), a qual ainda não estabelecia os princípios de especialização e publicidade. A Lei nº 1.237 /1864 trouxe importantes modificações, criando o registro geral hipotecário, estabelecendo os princípios da inscrição, especialização e prioridade. Sua disciplina

¹PAGE apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, V. IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2014, p. 714.

²FREEDICTIONARY. *Hypotheke*. Disponível em: https://pt.thefreedictionary.com/hipoteca Acesso em: 10 jul. 2020.

³VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos Reais. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 577.

⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, V. IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2014, p. 715.

⁵Ibid., p. 716.

⁶VENOSA, op. cit., p. 577

⁷Ibid

⁸VENOSA, op. cit., p. 579-580.

em nosso Código Civil de 1916, como direito real, valendo-se da experiência da legislação anterior, deu segurança e utilidade ao instituto, assentando seus fundamentos nos princípios da publicidade e da especialidade.

Ao longo dos anos, a hipoteca começou a se identificar com o conceito fundamental em que se desenvolveriam os sistemas hipotecários modernos, podendo a hipoteca constituir-se apenas de forma convencional e sem publicidade.

Com o passar dos anos, foram editadas leis e, assim, os sistemas hipotecários modernos foram evoluindo, aperfeiçoando-se e moldando-se ao sistema de registro imobiliário com o intuito de vetar o crescimento das hipotecas ocultas e as gerais, dando uma garantia real e segura do crédito.

1.1 Conceito de hipoteca

Com a evolução dos sistemas hipotecários modernos, a hipoteca passou a ser um sistema de garantia real que tem em vista as disposições de fundo e as de natureza regulamentar, contidas no Regulamento dos Registros Público.⁹

No desenvolvimento da sua dogmática, consagraram-se dois requisitos de suma importância: a publicidade e a especialização do objeto da garantia, que são responsáveis, nos sistemas hipotecários modernos, pela segurança do comércio imobiliário e pelo desenvolvimento do crédito imobiliário.¹⁰

O princípio da publicidade foi criado a fim de evitar as chamadas hipotecas ocultas, tornando exigível o registro do título constitutivo para que a hipoteca produzisse seus efeitos.

Para Lacerda de Almeida¹¹, um doutrinador clássico, "hipoteca não registrada é hipoteca não existente". Em Dantas¹², outro clássico, pode-se ler que "sem o registro público não existe hipoteca".

Porém, no entendimento doutrinário moderno, como se pode conferir em Silva Pereira¹³ "enquanto não inscrita, a hipoteca não passa de crédito pessoal porque subsistente apenas *inter partes*.". Nesse mesmo sentido, é entendimento jurisprudencial do Superior

⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, V. IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2014, p. 719.

¹⁰TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil:* Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 480.

¹¹ALMEIDA apud PEREIRA, op. cit., p. 746.

¹²DANTAS apud TEPEDINO, op. cit., p. 480.

¹³PEREIRA, op. cit., p. 726.

Tribunal de Justiça¹⁴ que a constituição da hipoteca por meio de contrato (convencional), pela lei (legal) ou por sentença (judicial) já vale entre as partes como crédito pessoal.

Portanto, a ausência do registro da hipoteca não a torna inexistente, mas eficaz apenas entre as partes. A ausência desse registro apenas torna o expediente ineficaz em relação a terceiros, pois, mesmo que não ocorra o seu registro, nesse caso, a hipoteca é eficaz entre as partes, visto que outras consequências poderão advir para o agente, indiretas ou oblíquas.¹⁵

Ressalta Silva Pereira:16

quando, ao revés, a publicidade é um meio de estender-lhe os efeitos a terceiros que dele não participaram, mas a quem devam ou possam alcançar, o negócio jurídico é válido e produz suas consequências relativamente às pessoas que dele participaram, e é quanto a elas plenamente eficaz, porém em princípio não atinge terceiros, quanto aos quais é como se nunca tivessem existido, não os beneficiando nem prejudicando: "res *inter alios acta aliis necprodest nec nocet*

O registro da Lei nº 6.015/73 (Lei de registros públicos) torna a eficácia do direito real oponível *erga omnes*, ou seja, apenas considera-se a hipoteca um direito real após seu registro, pois o registro público é a garantia legal de tornar público e conhecido o real proprietário do bem e, com efeito, a possibilidade ou não de hipotecá-lo, bem como o conhecimento da existência de outras hipotecas, ou a propriedade plena e todas as informações relativas ao imóvel. Conclui-se que os assentos do registro fazem prova contra qualquer outro meio de demonstração do direito ou das situações jurídicas.¹⁷

Vale ressaltar que o "contrato de hipoteca" é um negócio jurídico processual, como ensina Câmara:18

negócios processuais são atos pelos quais as partes livremente regulam suas posições jurídicas no processo. Podem ser *unilaterais* (como renúncia à pretensão ou o reconhecimento jurídico do pedido) ou *bilaterais* (também chamados *concordantes*), como a transação ou a eleição de foro.

O CPC traz, em seu art. 190, uma *cláusula geral de negócios processuais*. Trata-se da genérica afirmação da possibilidade de que as partes, dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios através dos quais dispõem de suas posições processuais.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência Recurso Especial nº 1.455.554 - RN*. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/

jurisprudencia/862177936/recurso-especial-resp-1455554-rn-2014-0077399-4/inteiro-teor-862177946?ref=serp> Acesso em: 07 set. 2020.

¹⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, I. Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2011, p. 413.

¹⁷DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil III. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 430.

¹⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Gen; Atlas, 2017, p. 126.

É um negócio processual, pois o sujeito pode regular as situações jurídicas processuais "dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico". 19 Para Didier Júnior 20 "[...]caracterizar um ato como negócio jurídico é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico.".

Portanto, como o "contrato de hipoteca" está direcionado à produção do efeito jurídico de penhora previsto no art. 835, §3°, do CPC,²¹ e que por meio da convenção das partes determina que a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, caso não ocorra o cumprimento da prestação,²² resta caracterizado que é um negócio jurídico processual.

Vale ressaltar que o art. 835, §3°, do CPC, apenas se aplica quando a hipoteca já foi registrada, visto que o registro torna o efeito da hipoteca erga omnes, retroagindo seus efeitos até a data do registro para a penhora gerar o direito de preferência ao exequente.

Além da publicidade, é importante que ocorra a especialização do objeto da garantia, por ser ele destinado à individualização do bem que será dado como garantia hipotecária, com o intuito de dar fim às hipotecas gerais, vista a possibilidade de gravar, por inteiro, o patrimônio do devedor.

Assim, a especialização torna os títulos constitutivos da hipoteca individual meio de referência a informações que permitam distingui-lo de qualquer outro.²³ Ou seja, a hipoteca deve ser especializada (1) para que se determine o bem separado do patrimônio e o débito a que se destina garantir e (2) para que se identifique o patrimônio que foi destacado e em favor de quem.24

A hipoteca tem como principal objeto os bens imóveis, por isso é de natureza limitada, isto é, o credor não recebe a posse do bem, mas garante o recebimento futuro porque a hipoteca é compreendida como uma antecipação convencional da penhora, ²⁵ por conferir o direito de sequela, permanecendo a garantia, ainda que o bem seja alienado.

¹⁹DIDIER JR., Fredie; Curso de Direito Processual Civil, V1. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 380.

²⁰Ibid., p. 384.

²¹Código de Processo Civil - Art. 835, § 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 set 2020.

²²CÂMARA, Alexandre Freitas. Por que a hipoteca não é um verdadeiro direito real? Artigo escrito para livro em homenagem ao Prof. Gustavo Tepedino, no prelo, cedido pelo autor.

²³TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. Fundamentos do Direito Civil: Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 481.

²⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, V. IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2014, p. 743.

²⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. Por que a hipoteca não é um verdadeiro direito real? Artigo escrito para livro em homenagem ao Prof. Gustavo Tepedino, no prelo, cedido pelo autor.

Nesse caso, a posse do bem imóvel continua sendo do devedor hipotecante, que deverá conservar o patrimônio, com poderes reais sobre a coisa, inclusive de uso, gozo e disposição, até o momento de o credor hipotecário exercer o seu direito de garantia, caso a dívida não seja quitada.

Por ser uma garantia real, cuida-se de direito acessório e indivisível, ou seja, por ser dotado de caráter acessório no momento em que o direito principal é cumprido, a hipoteca se extingue. Já a indivisibilidade é para tornar o pagamento da dívida eficaz e pleno, significando que o ônus real grava a coisa na sua totalidade e em todas as partes, pouco importando que seja dividida ou que a dívida seja amortizada.²⁶

O direito de hipoteca é utilizado para assegurar um cumprimento de obrigação, mas com ela não se confunde,²⁷ pois só existirá a garantia se existir uma dívida, se existir um crédito.

Por ser um direito real limitado, o âmbito de atuação da propriedade também é limitado, como melhor explica Venosa:²⁸

nos direitos de garantia, a restrição traduz -se no direito à realização de um crédito em favor de um credor. Sujeito ativo titular do direito de penhor, hipoteca e anticrese é o credor. Sujeitos passivos na verdade são todos que travam relação jurídica com a coisa, em razão da eficácia erga omnes. A publicidade, por meio do registro imobiliário quando se tratar de imóveis, confere essa eficácia real.

A relação obrigacional não está dentro desse direito, visto que o direito de garantia remanesce, enquanto não solvida a obrigação.²⁹ Para Pontes de Miranda³⁰ "O direito real de garantia, em sua estrutura, é direito real limitado sobre o valor do bem; a função de garantia é 'externa: porque alude ao negócio jurídico entre o titular do direito real limitado e 'alguém'".

Em regra, a hipoteca só pode ser constituída sobre bens imóveis e seus acessórios, desde que sejam hipotecados em conjunto. Porém existem exceções a essa regra, cabendo a hipoteca sobre alguns bens móveis tais como navios e aeronaves, tendo em vista que se assemelham ao regime jurídico dos bens imóveis.

A hipoteca marítima, como conhecida, tem por objeto o navio, que é toda embarcação de grande e pequena cabotagem apropriada ao transporte marítimo e fluvial.³¹ É regida pela Lei

³⁰MIRANDA apud Ibid., p. 534.

²⁶GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 381.

²⁷VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos Reais. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 533.

²⁸Ibid.

²⁹Ibid.

³¹DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 457.

nº 7.652, de 1988.³² O ônus hipotecário recai não apenas sobre o navio, mas também sobre seus acessórios. Contudo, para que ocorra a hipoteca marítima, existe a necessidade de que seja sobre um navio mercante.

Sua constituição é mediante negócio processual, que produz apenas efeito *inter partes*, porém, para que torne seu efeito *erga omnes*, é necessário que seja lançado em instrumento público e inscrito no Ofício de Notas e Registros Marítimo.

A hipoteca Aeronáutica, com previsão legal nos artigos 138 a 147 da Lei nº 7.565,³³ de 1986, conhecida como Código Brasileiro de Aeronáuticos, tem como objeto aeronave particular, sendo caracterizado como aeronave todo veículo capaz de se manter e se pilotar no ar.³⁴ Seu negócio processual apenas torna-se eficaz *erga omnes*, quando feito por escritura pública e registrado, caso contrário a hipoteca terá eficácia *inter partes*.

O Código Civil,³⁵ em seus artigos 1.476 a 1.478, concede ao dono a liberdade para sub-hipotecar o bem, fenômeno conhecido como Hipoteca de Segundo Grau. Ocorre que não se refere a uma espécie de hipoteca e sim a uma forma de constituição de hipoteca.

Nesse caso, a lei admite que o imóvel seja hipotecado mais de uma vez, podendo ser em favor do mesmo ou de outro credor, de maneira a tirar máximo proveito econômico do seu bem. ³⁶ Desde que obedecidos os limites à constituição de múltiplas hipotecas, pode o imóvel ter duas ou mais hipotecas, ou seja, desde que as novas garantias sejam até o valor do bem para que a hipoteca tenha cumprida a sua finalidade de garantia da satisfação do crédito.

Além da sub-hipoteca, a lei também autorizou a remissão hipotecária, que é feita por meio da consignação em pagamento, não levando à extinção da hipoteca, mas tão somente produzindo o efeito de sub-rogação para afastar a concorrência. A sub-hipoteca baseia-se em admitir a remissão da primeira hipoteca pelo credor da segunda hipoteca, mediante pagamento ao titular daquela da importância de seu crédito, acrescida dos acessórios.³⁷

A extinção da hipoteca ocorre com o desaparecimento ou com a extinção da obrigação principal. O Código Civil apresenta, em seu artigo 1.499, um rol exemplificativo, com algumas

³²BRASIL. *Lei nº* 7.652, de 3 de fevereiro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/17652.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

³³BRASIL. *Lei nº* 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

³⁴DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 460.

³⁵BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

³⁶TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil, Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 496. ³⁷Ibid., p. 500.

causas de extinção e algumas ocorrências concretas das hipóteses previstas que podem gerar a extinção da hipoteca.

Há outros meios de extinção da hipoteca elencadas pelo código civil/2002, tais como: perempção prevista no artigo 1.485 do CC, falta de renovação da especialização (art. 1.498 do CC), desapropriação do bem hipotecado, dentre outras.

Não obstante, para que a extinção produza efeitos perante terceiros, é necessário que seja feito o cancelamento do registro por meio da averbação no registro imobiliário.³⁸ Basta, para isso, levar a prova da extinção da hipoteca, prevista no artigo nº 251 da Lei de Registro de Imóveis (Lei nº 6.015/1973³⁹), até o oficial do registro que irá proceder com a anotação e registrar o cancelamento da hipoteca.

1.2 Natureza jurídica. A hipoteca é mesmo um direito real?

Para saber a natureza jurídica da hipoteca e se realmente ela é um direito real, devese analisar, a priori, o conceito de direitos reais.

O direito das coisas, ou direitos reais designa-se, tradicionalmente, à categoria das relações jurídicas que regulam a apropriação e a utilização dos bens jurídicos,⁴⁰ que cuida dos direitos subjetivos reais, "consistindo num bem que se encontra no mundo exterior".⁴¹ Seu objeto principal é a propriedade, as coisas apropriáveis que são postas à disposição do seu titular. Portanto, o direito real é uma situação jurídica subjetiva patrimonial econômica associada à noção de interesse e de titularidade a serem protegidos.

Existem dois elementos que caracterizam o direito real: a aderência do vínculo jurídico a uma coisa determinada e a circunstância de o direito prevalecer *erga omnes*.⁴²

A aderência do vínculo jurídico é o poder imediato do titular sobre a coisa, por meio da estrutura do poder conferido ao titular. O *modus operandi* foca o vínculo entre o poder do titular e a coisa, ou seja, entre o vínculo jurídico e o seu objeto, de forma que o titular exerce o seu poder jurídico diretamente sobre o bem de cujas utilidades se aproveita, ⁴³ visto que existe uma dependência da coisa em relação ao titular.

⁴³TEPEDINO, op. cit., p. 5.

.

³⁸TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 513.

³⁹BRASIL. *Lei nº* 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁴⁰TEPEDINO; MONTEIRO; RENTERIA, op. cit., p. 1.

⁴¹DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 11.

⁴²Ibid

Já a circunstância de o direito prevalecer *erga omnes* quer dizer que os direitos reais têm caráter absoluto, pois recaem sobre todas as pessoas e não apenas sobre um determinado indivíduo. Essa coletividade deverá respeitar esse aproveitamento econômico que é exercido pelo titular da propriedade, visto que o não titular tem o dever jurídico de não fazer, um dever genérico, atribuído para não impedir o exercício do direito real por parte de seu titular.⁴⁴

Diante desse conceito, é pacífico na doutrina existirem dois elementos típicos dos direitos reais: (i) o elemento interno, que se identifica com o poder imediato conferido ao titular, e (ii) o externo, associado à eficácia *erga omnes*.⁴⁵

Somam-se a esses dois atributos as demais características do direito real, sendo elas a ambulatoriedade, a sequela, a publicidade, a especialidade, a preferência e a tipicidade. A seguir, decorrem-se explicações para cada uma delas.

A ambulatoriedade, no direito real, deriva da aderência do vínculo à coisa, de forma que o dever jurídico acompanha a coisa, independentemente de seu destino. Veja-se o seguinte exemplo: se morre o proprietário, os herdeiros que o sucedem na coisa devem suportar a servidão, isto é, devem cumprir aquele dever jurídico.⁴⁶

O direito de sequela é um direito subjetivo correspondente ao dever jurídico ambulatório, pois o titular do direito tem o poder de perseguir a coisa onde quer que ela esteja e nas mãos de quem a possua. O direito de sequela do credor hipotecário, por exemplo, se verifica no poder que lhe é conferido de excussão do bem, para a satisfação da dívida garantida pela hipoteca, em face do proprietário atual, sem importar se o imóvel já fora vendido a terceiro.⁴⁷

A publicidade é considerada um pressuposto da eficácia absoluta do direito real, pois trata do princípio a ampla divulgação de todos os atos praticados dentro dos direitos reais, para assegurar todas as transições. Portanto, "sem a publicidade, com efeito, torna-se frágil a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais".⁴⁸

A especialidade é baseada na necessidade de o objeto do direito real recair sobre coisa certa e determinada,⁴⁹ pois precisa ocorrer a individualização do objeto a fim de evitar que ocorram fraudes e que o objeto se perca, visto a amplitude do direito subjetivo.

⁴⁶DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 15.

_

⁴⁴TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 6.

⁴⁵Ibid., p. 7.

⁴⁷TEPEDINO; MONTEIRO; RENTERIA, op. cit., p. 9.

⁴⁸Ibid., p. 10.

⁴⁹Ibid.

A preferência é considerada uma característica típica dos direitos de garantia, em especial a hipoteca e o penhor. Ela apresenta contornos de ordem espacial ao representar a preferência conferida ao titular do direito real de garantia em relação aos credores ordinários ou quirografários, desprovidos de privilégio,⁵⁰ bem como apresenta ordem temporal que é válido no sistema dos registros públicos, por oferecer preferência ao credor que efetuou o registro primeiro.

A tipicidade está ligada à estrutura do direito subjetivo que responde à previsão legislativa típica,⁵¹ ou seja, o ato jurídico ou o fato jurídico exige a descrição em abstrato do fato.

Explica de forma brilhante Câmara:52

[...]há situações em que a lei (ou outro ato normativo, como a Constituição) prevê a ordenação, em termos abstratos, dos dados concretos existentes na realidade segundo critérios de semelhança. E se chama tipicidade à qualidade daquilo que está em conformidade com essa ordenação abstrata, isto é, com o tipo. Assim é que, por exemplo, se fala em contratos típicos (e atípicos), meios de prova típicos (e atípicos), ou em tipicidade (ou atipicidade) penal.

Nota-se que o direito real, por excelência, é o domínio ou a propriedade,⁵³ visto que a decisão sobre os aspectos e a coisa propriamente dita ficam à disposição do titular, sendo, portanto, a propriedade, o direito real completo.

Existe a submissão da coisa que fica à vontade do titular em todos os sentidos, cabendo ao titular (1) o poder de decisão sobre a fruição dela, caracterizando o aspecto interno de senhoria, o aspecto econômico da propriedade que é a dominação da coisa pela vontade do titular e (2) o direito de usar, gozar e dispor, ou seja, praticar todos os atos que bem quiser.

O aspecto externo, aspecto jurídico, correspondente à relação existente entre o proprietário e os não proprietários; é a exclusão da ingerência alheia, caracterizando o direito subjetivo que recai sobre todos.

Vale frisar que o poder do proprietário sobre a coisa encontra-se no poder de uso, poder de gozo e poder de disposição. Ora, sendo, então, a propriedade tratada como um direito real por excelência, completo e com o pleno poder de usar, gozar e dispor, como são tratados e chamados os outros direitos reais que não provêm desses poderes?

⁵³DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 16.

⁵⁰TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 11. ⁵¹Ibid., p. 13.

⁵²CÂMARA, Alexandre Freitas. *Por que a hipoteca não é um verdadeiro direito real?* Artigo escrito para livro em homenagem ao Prof. Gustavo Tepedino, no prelo, cedido pelo autor.

Pelo fato de o titular não utilizar os poderes de usar, gozar e dispor, resta caracterizado que ele não possui pleno poder sobre a coisa, portanto, por não possuir todos os poderes da propriedade, nota-se que ele tem um direito limitado.

Para alguns autores, o fato de o titular não possuir pleno poder sobre a coisa ocorre um desmembramento do domínio, como sendo fragmentações que o domínio sofre pela transferência de certos poderes do proprietário a terceiros.⁵⁴

Os direitos reais limitados são regulados por lei, tais como servidão, usufruto, superfície, direito real de habitação, entre outros. Dentro dos direitos reais limitados, existe a categoria dos chamados direitos reais de garantia, formados pelo penhor, hipoteca e anticrese, que são assim classificados por aparecerem sempre ligados às obrigações com a função acessória da coisa.

Definido o conceito de direitos reais e suas espécies, deve-se passar à análise da real natureza da hipoteca, se a hipoteca realmente é um direito real como disciplinada nas doutrinas de direitos reais.

Para a maioria dos doutrinadores, a natureza jurídica da hipoteca pertence ao direito civil, por ter, como objeto, os bens imóveis, e, portanto, ser fundada em direito real. Outra justificativa para a hipoteca possuir natureza material é a aplicação do sistema *numerus clausus*, nos direitos reais que, para Tepedino,⁵⁵ "costuma-se fundamentar na oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais a necessidade de que seus contornos sejam estipulados por lei", o que apresenta a taxatividade normativa como um princípio de ordem pública, conforme Chamoun:⁵⁶

[...] a legislação, neste particular, é taxativa: o número dos direitos reais é apenas aquele consignado pela lei e isto porque existindo muitos titulares de deveres jurídicos, não seria lícito que uma só pessoa, com ser arbítrio fosse criar em rodas as outras os deveres jurídicos correspondentes ao novo direito real. É, pois, a ordem pública que aí interfere.

Para a maioria da doutrina, então, o que determina a natureza dos direitos reais é a sua previsão legal.

⁵⁶CHAMOUN apud ibid.

⁵⁴DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 16.

⁵⁵TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 11.

Para Câmara,⁵⁷ a taxatividade dos direitos reais não é um princípio e sim uma regra, pois "regras indicam a solução do caso concreto; princípios apontam uma direção, mas não são capazes de solucionar o caso".

Falar em princípio da taxatividade corresponde dizer que essa norma jurídica não é capaz de solucionar caso concretos, porém é plenamente notória a capacidade da taxatividade dos direitos reais em fornecer respostas para os casos.

Conclui-se que a taxatividade dos direitos reais é uma regra que impõe a definição do que é ou não um direito real, por meio de um rol fechado, estabelecido por lei e que determina quais direitos reais são submetidos ao regime jurídico.

Mesmo sendo a taxatividade uma regra, que segue o sistema *numerus clausus*, não se pode pensar que ela, por si própria, possa estabelecer a natureza jurídica de algum fenômeno que se encontra em seu rol, porque, para que ocorra essa aceitação, é necessário, também, que os demais direitos elencados no rol taxativo possuam as mesmas características comuns. Sendo assim, não se pode considerar que o fato de algo estar na lista de determinado artigo seja suficiente para determinar sua natureza.

Nesse mesmo raciocínio, não pode a hipoteca ser fundada em direito real, nem possuir natureza material, mesmo estando presente no rol taxativo do artigo nº 1.225 do Código Civil já que não preenche todas as características comuns dos direitos reais, além de seu objeto não ser o imóvel, como dito pelos doutrinadores civilistas, e sim o dinheiro devido.

Sobre o ponto, a lição de Dinamarco: 58 "o objeto da pretensão nessas execuções não é o imóvel garantidor, mas o dinheiro devido e (b) porque o direito do credor ao dinheiro que vem postular é direito pessoal, ligado ao direito das obrigações, e não direito real."

Para melhor compreensão, deve-se esclarecer a teoria *Schuld E Haftung*, em que *Schuld* se refere à dívida ou débito, do conceito de obrigações, e, portanto, tem o tema definido em direito material, enquanto, *Haftung* diz que a responsabilidade é de direito processual.

Diante do breve conceito, percebe-se que a obrigação não depende da responsabilidade para se sustentar⁵⁹ já que ocorre a extinção da obrigação se ela for satisfeita.

Se não ocorrer a satisfação da obrigação, iniciar-se-á responsabilidade, que necessita de um patrimônio para que assegure os meios de satisfação do crédito, chamada de

⁵⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. *Por que a hipoteca não é um verdadeiro direito real?* Artigo escrito para livro em homenagem ao Prof. Gustavo Tepedino, no prelo, cedido pelo autor.

⁵⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 97.

⁵⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. *Por que a hipoteca não é um verdadeiro direito real?* Artigo escrito para livro em homenagem ao Prof. Gustavo Tepedino, no prelo, cedido pelo autor.

responsabilidade patrimonial, operando no campo de direito processual e não no campo de direito material, pois permite ao Estado, no exercício da atividade jurisdicional, praticar atos de agressão patrimonial⁶⁰ para que ocorra a satisfação do crédito.

Portanto, nota-se que a hipoteca não se manifesta no campo da obrigação e sim no da responsabilidade patrimonial, não podendo ser parte do direito civil e sim do direito processual.

Para Dinamarco⁶¹, o credor não tem o direito de haver para si o bem hipotecado, logo não há que se falar em direito das obrigações, visto que o credor hipotecário vai em busca de uma execução por quantia certa contra o devedor, e não em busca do seu direito real.

Na hipoteca, é evidente que o bem devido é o dinheiro, e, portanto, a tutela processual que será buscada é o direito de crédito, pois o credor hipotecário terá apenas a vantagem de ter assegurado o bem imóvel para a satisfação do seu crédito, caso não haja a quitação do débito, tendo a preferência sobre os demais credores.

Para Câmara,⁶² "a hipoteca nem é o direito de ação, nem é o direito de crédito, mas o meio que viabilizará que o Estado, por força de uma convenção celebrada pelas partes, apreenda e exproprie o bem que será empregado na satisfação do direito de crédito do demandante.". Sendo isso, configura-se a hipoteca como apenas o meio pelo qual o credor pode satisfazer seu crédito.

Estabelecida a premissa da natureza jurídica de a hipoteca ser processual, mesmo ela estando elencada no rol taxativo do artigo nº 1.225 do Código Civil em seu inciso IX, percebese que a hipoteca não é um verdadeiro direito real, pois não possui todas as características comuns dos direitos reais, como já visto.

Ocorre que o simples fato de a hipoteca estar elencada no rol taxativo do art. nº 1.225 do Código Civil não é motivo suficiente para determinar que ela seja um direito real, nem mesmo qualquer outro fenômeno elencado no rol. Analisando: para que determinado fenômeno seja considerado um verdadeiro direito real, deve se enquadrar no conceito de direito real, bem como preencher todas as características essenciais.

Para Gomes, os direitos reais classificam-se, em primeiro lugar, em direitos na coisa própria (*jus in re própria*) e na coisa alheia (*jura in re aliena*).⁶³ A propriedade é o único direito

⁶⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. *Por que a hipoteca não é um verdadeiro direito real?* Artigo escrito para livro em homenagem ao Prof. Gustavo Tepedino, no prelo, cedido pelo autor.

⁶¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 97.

⁶²CÂMARA, Alexandre Freitas. *Por que a hipoteca não é um verdadeiro direito real?* Artigo escrito para livro em homenagem ao Prof. Gustavo Tepedino, no prelo, cedido pelo autor.

⁶³GOMES, Orlando, *Direitos reais*, Rio de janeiro: Forense, 2007, p. 13.

na coisa própria, por ser capaz de reunir todos os poderes de dominação da coisa, sendo os demais direitos na coisa alheia, que são os direitos reais limitados, considerados direitos reais de gozo, de garantia e de aquisição.

A hipoteca é incluída no direito real limitado de característica de garantia que "vinculam determinado bem jurídico à satisfação de um direito de crédito,"⁶⁴ o que confirma a natureza jurídica processual da hipoteca apresentada anteriormente.

Vale destacar que, para Câmara⁶⁵, "os direitos reais limitados não são apenas limitados. Eles são, também, limitadores (da propriedade)," pois leva em consideração a forma como eles são constituídos, visto que são limites impostos na sua concepção.

A propriedade concede ao seu titular três poderes sobre a coisa: o poder de usar, o de gozar e o de dispor. E, quando se destaca um desses poderes, atribuindo-o a outra pessoa sem ser o titular, resta caracterizado o direito real limitado.

Ocorre que a hipoteca não põe em destaque qualquer poder característico do direito real, pois não permite que o credor hipotecário exerça algum tipo de poder sobre a coisa. Pois, mesmo instituída a hipoteca sobre o bem, o titular continua sendo o proprietário da coisa, ou seja, continua o proprietário com o poder de usar, fruir e dispor.

Além de o credor hipotecário não possuir qualquer tipo de poder sobre o bem, a lei estipula nulidade à cláusula que autorize o credor hipotecário a ficar com a coisa hipotecada no caso de não se pagar a dívida por ela garantida na data do vencimento. 66 Conforme o artigo nº 1.428 do Código Civil.

Ressalta Câmara:67

ora, se o credor hipotecário, titular do que se tem ao longo dos séculos dito ser um direito real, não pode usar, não pode fruir, não pode dispor, e nem pode exigir ficar com a coisa, então se teria aí um esdrúxulo direito real cujo titular é proibido pela lei civil de exercer qualquer poder sobre o bem. Pois se assim é, então a hipoteca não é – não pode ser – um direito real. Insista-se no ponto: a hipoteca não gera qualquer desdobramento da propriedade que transfira para o credor hipotecário qualquer dos poderes inerentes ao domínio. E se não há esse desdobramento limitador da propriedade, não se pode falar em um verdadeiro direito real.

Cumpre esclarecer que a hipoteca só produz seus efeitos se o devedor não cumprir com a devida prestação, pois, se o devedor efetuar o pagamento do débito, a obrigação será

-

⁶⁴TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13.

⁶⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. Por que a hipoteca não é um verdadeiro direito real? Artigo escrito para livro em homenagem ao Prof. Gustavo Tepedino, no prelo, cedido pelo autor.
⁶⁶ Ibid.

⁶⁷Ibid.

extinta. Portanto, produzirá efeito a hipoteca se o devedor não efetuar o pagamento da obrigação, dando direito ao credor hipotecário de iniciar o processo de execução.

Visto que o credor hipotecário vai em busca de exercer o seu direito de crédito, fica evidente que a hipoteca é uma antecipação convencional da penhora e explica o então direito de preferência que recai sobre ela, bem como a ideia de a hipoteca ser dotada de sequela, pois tais direitos adquiridos pelo credor hipotecário, que possui uma garantia de crédito e não os poderes sobre o bem, são para evitar que ocorram possíveis fraudes, caso a obrigação não seja satisfeita.

Para Dinamarco⁶⁸, "a hipoteca é teleologicamente endereçada a uma futura e possível penhora", pois o credor hipotecário tem o direito de excutir o bem hipotecado. Nesse viés, a hipoteca só tem utilidade para o credor no processo, visto que o imóvel dado em garantia passa a ser um "objeto instrumental" por ser o meio que ocorrerá a expropriação, que transformará o bem dado como garantia em dinheiro a ser entregue ao credor.

A garantia pactuada entre as partes cria ou fixa uma responsabilidade patrimonial e, pelo atributo de sequela, impedem que atos futuros corrompam essa responsabilidade. Portanto, é na execução que a hipoteca "terá valia, conservando a responsabilidade do bem e assegurando a efetividade e eficácia da penhora a ser realizada".⁷⁰

De forma brilhante expõe Dinamarco:⁷¹

se a hipoteca fosse realmente um direito real e tivesse seu legítimo posto no direito substancial, com mais fortes razões tê-lo-ia também a *penhora*, pois esta estabelece um vínculo muito mais intenso do bem ao credor e ao crédito acrescendo-se a autoridade do juiz, de que ela se reveste; mas ninguém em sã consciência abalizar-se-á a afirmar a natureza real da penhora, nestes quadrantes da cultura jurídica. A penhora é ato com que se impõe a sujeição do bem à autoridade do juiz da execução. A hipoteca é pacto mediante o qual se fixa e perpetua a *responsabilidade*, com vista à futura sujeição que com a penhora virá. Ambas, pois, pertencem à seara do processualista, não do civilista. O que explica a visão sincrética tradicional, aqui descartada, tornando difícil aos tradicionalistas a aceitação das ideias expostas, é o estreitíssimo nexo de *instrumentalidade* existente entre a hipoteca e a execução.

Por fim, por ser a hipoteca um meio exclusivo de assegurar a futura penhora do bem, a fim de se evitarem futuras alienações que prejudiquem o credor, fica caracterizada como "autêntico reforço, quanto ao bem hipotecado, da responsabilidade que incide de modo geral

⁷⁰Ibid., p. 223.

⁶⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 223.

⁶⁹Ibid., p. 222.

⁷¹Ibid., p. 224.

sobre o patrimônio do obrigado"⁷² visto se tratar do meio que o credor possui para, diante do inadimplemento da obrigação, excutir o crédito, pela ação executiva.

Tem-se, aí, pois, um instituto pertencente à teoria da responsabilidade patrimonial e não um verdadeiro direito real, por não se encaixar a hipoteca no conceito de direito real, não possuir qualquer característica comum dos direitos reais e por ser de natureza processual.

1.3 Espécies de hipoteca

Sabe-se que a hipoteca é um instrumento de garantia, recaindo, em regra, sobre bem imóvel e não ocorrendo a transmissão da posse da coisa entre as partes. Para se ter uma hipoteca válida, os requisitos formais, subjetivos e objetivos devem ser observados.

Os requisitos objetivos incidem sobre o bem jurídico; apenas os bens suscetíveis de alienação podem ser dados em hipoteca, bem como apenas aquele que pode alienar poderá hipotecar, conforme o texto legal do art. 1.420 do Código Civil. Observa-se que os requisitos objetivos devem recair sobre bem jurídico alienável, sob pena de nulidade.

Já os requisitos formais referem-se à documentação, pois a escritura pública da hipoteca é de suma importância para que ocorra a garantia hipotecária sobre o imóvel. Em relação aos requisitos subjetivos, analisa-se a capacidade para os atos da vida civil e a capacidade para alienar o bem oferecido.

A doutrina apresenta três espécies de hipoteca, sendo elas: hipoteca convencional, hipoteca legal e hipoteca judicial.

A hipoteca convencional é a espécie mais comum de hipoteca e decorre da convenção entre as partes, ou seja, deriva de um negócio processual em que as partes livremente criam o ônus hipotecário, gerando uma garantia de crédito preenchida pela vontade das partes.

Para que a hipoteca tenha efeito *erga omnes* e tenha eficácia perante terceiros, ela depende do prévio registro no Registro de Imóveis. Diante da necessidade do registro, qualquer pessoa pode realizá-lo, desde que apresentado o título hipotecário ao oficial delegatário que fará o registro da hipoteca, tornando-a eficaz perante terceiros e determinando a data do negócio processual hipotecário.

Antes de seu registro, o negócio processual possui efeitos apenas entre as partes, e, por isso, o seu registro no Registro de Imóveis é tão importante, para poder gerar efeitos que alcancem terceiros.

⁷²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 248.

O registro é feito pelo oficial e é realizado no livro chamado protocolo, livro este em que são anotados todos os títulos na ordem em que são apresentados, pois é pela ordem do registro que se estabelecem as preferências, quando há mais de uma hipoteca.⁷³

A duração da hipoteca convencional tem a sua existência vinculada ao da obrigação principal.⁷⁴ O prazo de validade da hipoteca antes da redação de alteração da Lei nº 10.931/2004⁷⁵ era de vinte anos. Após a alteração da mencionada Lei, passou a ser de trinta anos, contados da data da celebração do negócio processual, conforme previsão legal.

Ultrapassado o prazo de trinta anos, ocorre a perempção que extingue a hipoteca, perdendo, assim, o direito de garantia real, seu número de ordem e, consequentemente, sua preferência. Mas uma nova garantia pode ser conseguida após esse prazo, desde que a hipoteca seja renovada por meio de um novo título e novo registro, conhecido como reconstituição, que mantém a ordem de preferência do credor sobre o bem hipotecado, conforme previsto no art. 238 da Lei de Registros Públicos.

O Código Civil também se manifesta, porém no sentido de prorrogação da hipoteca convencional. Em seu artigo 1.845, o Código autoriza as partes a estenderem o vencimento da obrigação por meio de uma prorrogação de igual prazo, formulada a vontade das partes por uma simples petição, direcionada ao oficial do registro, dispensando a forma pública.

As partes podem prorrogar a hipoteca convencional quantas vezes acharem necessárias, desde que não ultrapassem o limite legal de trinta anos, porém, se quiserem prorrogar para além desse limite, deverão renovar a hipoteca por meio de novo título e novo registro.

A hipoteca legal, uma das espécies de hipoteca conhecida pela doutrina, já ocorria no Direito Romano com a denominada hipoteca tácita, esse tipo de hipoteca tem o objetivo de proteger certas pessoas que estão elencadas no Código Civil.⁷⁶

Decorre da norma jurídica que a sua constituição depende da especialização feita em juízo e o posterior registro no ofício imobiliário⁷⁷ tem sua origem romana pós-clássico, conhecida como *pignus tacitum*, que se baseia na garantia real tácita que incidia sobre todos os bens dos credores, mantendo, por muitos anos, um caráter genérico que gerava as hipotecas

⁷³DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 445.

⁷⁴TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil:* Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 489.

⁷⁵BRASIL. *Lei n°* 10.931, de 2 de agosto de 2004. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acessado em 20 jul. 2020.

⁷⁶VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos Reais. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 589.

⁷⁷SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2019, p. 1.117.

gerais, sendo tais hipotecas as que causavam grave insegurança ao desenvolvimento do crédito e do comércio imobiliário.⁷⁸

Após a evolução dos sistemas hipotecários modernos as hipotecas tácitas foram substituídas pelas hipotecas legais cujo fundamento ético é a segurança instituída ex vi legis para determinadas pessoas, e cujos haveres são confiados à administração alheia.⁷⁹

Com o sistema jurídico moderno, a hipoteca legal passou a incidir sobre os imóveis individualizados, exigindo especificação e registro no registro de imóveis. A doutrina clássica identifica dois estágios no processo de formação, sendo i) o momento inicial, em que se verifica o fato gerador que autoriza a constituição do ônus real e ii) o momento definitivo, em que surge o vínculo hipotecário em virtude da especialização dos imóveis gravados e da inscrição do título no registro imobiliário. 80 Ou seja, após cumpridos tais requisitos é formada a hipoteca.

Na hipoteca legal, a especialização se faz em Juízo, com observância da preceituação específica, e culmina com a decisão discriminativa dos bens gravados. 81 Após a especialização, deve ser levada a registro, pois sem o registro não existem ônus reais, e, portanto, não conservará a hipoteca legal e garantirá o pagamento com os bens.

A hipoteca legal possui sua previsão nos artigos 1.489 a 1.491 do Código Civil de 2002. Depende da lei a escolha de determinados credores especiais para facultar-lhes a eles uma proteção maior do que teriam se não fosse a criação de uma garantia real por lei,82 informando as hipóteses em que a pessoa pode buscar o reconhecimento da hipoteca, com o intuito de prevenir eventuais prejuízos.

Como o objetivo da hipoteca legal é de proteção, o artigo 1.489 do CC/02 apresenta um rol taxativo, não admitindo, assim, a interpretação extensiva. Os casos em que se aplica a hipoteca legal são:

⁸¹Ibid., p. 782.

^[...] I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;

II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;

III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

⁷⁸TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. Fundamentos do Direito Civil, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 509.

⁷⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, V. IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2014, p. 781.

⁸⁰Ibid., p. 509.

⁸²SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2019, p. 1.117.

IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

 \boldsymbol{V} - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

O primeiro caso é o referente às pessoas de direito público interno, é uma medida voltada a assegurar o ressarcimento do erário público,⁸³ em que a hipoteca pode incidir sobre o imóvel de pessoas encarregadas de cobrança, guarda ou administração de bens públicos.⁸⁴ O pedido de especialização pode ser gerado pelo próprio administrador, em juízo, pela pessoa jurídica de direito público ou pelo Ministério Público.

O segundo caso de hipoteca legal está relacionado ao ônus hipotecário em benefício dos filhos, sobre imóveis do pai ou da mãe que se casa antes de inventariar os bens do casamento anterior.⁸⁵ Tem o intuito de resguardar os interesses dos filhos para que não ocorra confusão patrimonial, gerando, assim, prejuízo aos herdeiros. Por tal razão, trata-se de impedimento impediente, cuja consequência civil consiste na separação obrigatória e na perda do usufruto dos bens dos filhos do primeiro leito.⁸⁶

Outra espécie de hipoteca legal é a referente ao ofendido ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, que tem como objetivo assegurar a integral reparação do dano causado pelo delito, independente da natureza do ilícito tipificado como crime, podendo também o ofendido ser pessoa física ou jurídica e o dano patrimonial ou extrapatrimonial.⁸⁷

Os pressupostos da hipoteca legal são a ocorrência do delito com repercussão econômica e a existência de bens do ofensor suscetível de hipoteca. 88 Não são todas as hipóteses que cabem à aplicação do inciso, pois deve a responsabilidade pelo ato danoso se capitular como crime, para que caiba a aplicação da hipoteca legal.

Mais um caso de hipoteca legal é a respeito do co-herdeiro, em que o herdeiro repoente é o responsável por repor em dinheiro o valor a ser partilhado em favor dos demais herdeiros, para que ocorra a partilha do valor do bem. Refere-se, portanto, aos casos de partilha que recaia sobre imóvel que não admite divisão cômoda nem caiba no quinhão de um só herdeiro.⁸⁹ E,

_

⁸³TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil:* Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 511.

⁸⁴SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil Comentado*, *doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2019, p. 1.117.

⁸⁵TEPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, op. cit., p. 511.

⁸⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, V. IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2014, p. 783.

⁸⁷TEPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, op. cit., p. 511.

⁸⁸Ibid., p. 784.

⁸⁹Ibid., p. 511.

para não se vender o imóvel, adjudica-se esse a um dos herdeiros que deve, então, repor ao monte ou pagar aos seus co-herdeiros, em dinheiro, os quinhões que lhe competiam naquele imóvel.⁹⁰

Por fim, o último caso de hipoteca legal autoriza a concessão da hipoteca sobre o imóvel arrematado em favor do credor que tem a receber o restante do preço da arrematação, ⁹¹ podendo a especialização ser requerida pelo próprio arrematante, por outros credores ou pelo devedor.

O prazo da hipoteca legal não está ligado ao prazo peremptório do artigo 1.485 do Código Civil, pois tal prazo é exclusivo da hipoteca convencional. Ocorre que o prazo da hipoteca legal tem previsão no artigo 1.498 do Código Civil e a especialização da hipoteca deve ser renovada quando completados vinte anos do registro.

Além das hipotecas convencional e legal, existe a hipoteca judicial, também conhecida como hipoteca judiciária.

Silva Pereira⁹² e Tepedino,⁹³ em suas obras, mencionam a hipoteca judiciária como uma modalidade de hipoteca legal, em outras palavras, tratam a hipoteca judiciária como uma espécie de hipoteca legal, o que nos leva a entender que ambas possuem a mesma finalidade e a mesma estrutura.

Porém, não se pode confundir a hipoteca legal com a hipoteca judiciária, pois, mesmo sendo as duas hipotecas instituídas por lei, sabe-se que possuem finalidades e categorias jurídicas diferentes.

A hipoteca legal tem a finalidade de proteger as pessoas que estão elencadas no rol taxativo do art. 1.489 do Código Civil, já a hipoteca judiciária tem a finalidade de garantir o cumprimento de obrigação pecuniária de decisão judicial.

Por mais que ambos os institutos tenham seus fundamentos exclusivamente legais, a hipoteca judiciária trata de hipoteca que resulta dos julgamentos e não de negócio jurídico processual.

⁹⁰ DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil III. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 442.

⁹¹TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil:* Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 511.

⁹²"Outro caso específico é a chamada *hipoteca judicial* ou *judiciária*, que é modalidade de hipoteca legal." PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, V. IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2014. p. 786.

⁹³ "Mencione-se por fim a hipoteca judicial, modalidade peculiar de hipoteca legal (...)." TEPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, op. cit., p. 512.

Para Calamandrei:94

enquanto a hipoteca judiciária provém exclusivamente da lei (pois a sentença a "produz"), diversa é a situação que resultaria, por exemplo, de dois litigantes questionarem sobre "a existência do direito de inscrever hipoteca legal" (Código Civil Brasileiro, arts. 827/830) "ou convencional, naqueles casos em que, sendo controversa entre as partes a existência de tal direito, este haja constituído o *thema decidendum* do julgamento" (giudizio). Em tal caso o magistrado deve pronunciar-se sobre a hipoteca, que a sentença "declara" (*accerta*), ao passo que nada declarará a propósito da hipoteca judiciária.

Portanto, não se enquadram todos os tipos de hipoteca legal e a hipoteca judiciária na mesma categoria jurídica, pois a hipoteca legal protege certas pessoas e a judiciária protege o credor a fim de evitar fraudes.

O que caracteriza o instituto da hipoteca judiciária é o fato do seu fundamento ser exclusivamente legal e por ela ser tratada como hipoteca que "resulta de julgamento".

Diante de tal explicação, seria o correto dizer que a hipoteca judiciária é uma espécie singular de hipoteca e não uma modalidade de hipoteca legal.

Essa espécie de hipoteca tem sua previsão legal no artigo 495 do Código de Processo Civil, com finalidade de garantir o cumprimento de obrigação pecuniária reconhecida em decisão judicial condenatória, evitando que ocorra fraude à execução. Ou seja, sua finalidade é garantir plena execução das decisões judiciais condenatórias. Ou seja, sua finalidade é garantir plena execução das decisões judiciais condenatórias.

Para Moniz de Aragão⁹⁷ o pressuposto essencial da hipoteca judiciária é a prolação de sentença que condene o réu. Ocorre que com a nova redação do artigo sobre hipoteca judiciária no Código de Processo Civil de 2015, não se fala mais em sentença e sim "decisão que condenar o réu", 98 sendo esse o novo pressuposto essencial para a constituição da hipoteca judiciária.

A hipoteca judiciária autoriza o vencedor a perseguir o imóvel gravado em poder de qualquer terceiro adquirente, penhorando-o e promovendo a sua expropriação em hasta pública.

Para que seja constituída a hipoteca judiciária, o diploma processual autorizou a parte credora a apresentar ao cartório do registro imobiliário a cópia de sentença, independentemente

⁹⁴CALAMANDREI apud ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil.* Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p.173.

⁹⁵TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil:* Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 512.

⁹⁶VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos Reais. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 594.

⁹⁷ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada*: exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 176.

⁹⁸Código de Processo Civil - Art. 495 A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

de ordem judicial, devendo, apenas, a parte, no prazo de 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, informar ao juízo da causa a constituição do procedimento, para que a parte vencida tome ciência do gravame imposto aos seus bens.

A hipoteca judiciária é um efeito que a lei confere a todo julgado que condena devedor. Conforme dispõe o artigo 495 do CPC⁹⁹ in verbis:

Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.

Por fim, a hipoteca judiciária deve ser compatibilizada com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da proporcionalidade, de modo a permitir o controle judicial da adequação da especificação dos bens afetados pelo gravame hipotecário¹⁰⁰ a fim de garantir a proteção integral dos direitos individuais, de maneira a inibir comportamentos abusivos.

⁹⁹BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁰⁰TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil:* Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 512.

2. HIPOTECA JUDICIÁRIA

A hipoteca judiciária decorre de uma decisão judicial, logo trata-se de um efeito *anexo* e possui, como fato gerador, uma decisão que determina a obrigação de pagar quantia. ¹⁰¹ Portanto, é um efeito anexo das decisões que possui a finalidade de assegurar a efetividade do processo, impondo-se, perante terceiros, a garantia do crédito por meio de direito de sequela, com o objetivo de prevenir fraudes à execução. ¹⁰²

Portanto, para a Ministra Andrighi, ¹⁰³ "a utilidade prática da hipoteca judiciária é a possibilidade de se dar conhecimento a terceiros sobre a existência de restrição à disponibilidade do bem".

2.1 Conceito

A hipoteca judiciária é uma espécie de hipoteca que decorre de uma decisão judicial, com previsão legal no artigo 495 do Código de Processo Civil e no artigo 167, I, 2, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). Para Didier Júnior, Braga e Oliveira, ¹⁰⁴ a hipoteca judiciária:

trata-se de efeito anexo da sentença que impõe obrigação de pagar quantia e se revela como medida extremamente eficaz para assegurar/ garantir a efetividade de futura execução desse tipo e decisão judicial, embora "razões desconhecidas fazem com que esse instituto tenha pouquíssima aplicação prática". Seu principal objetivo é prevenir a fraude à execução (art. 792, III, CPC), autorizando o credor a perseguir o bem onde quer que se encontre (direito de sequela) e dar-lhe o direito de preferência na execução do bem.

Ou seja, a hipoteca judiciária é um tipo de efeito que está dentro da eficácia anexa da decisão judicial, ¹⁰⁵ com o objetivo de prevenir fraudes à execução.

A hipoteca judiciária é consequência de uma determinação normativa.¹⁰⁶ E por ser um efeito anexo da sentença, ela não depende do pedido da parte e da manifestação do juiz,

¹⁰¹DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 439.

¹⁰²BRASIL. *Jurisprudência Recurso Especial nº 715451 – SP*. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7162547/recurso-especial-resp-715451-sp-2005-0003622-7-stj/relatorio-e-voto-12886443. Acesso em: 04 dez. 2020.

¹⁰³Ibid.

¹⁰⁴DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 437.

¹⁰⁵Ibid., p. 435.

¹⁰⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1391.

basta que a parte vencedora leve a cópia da sentença publicada até o cartório de registro imobiliário 107 e realize o registro da hipoteca judiciária nos termos do artigo 167, I, 2, da Lei nº 6.015/73. 108

2.2 Origem da hipoteca judiciária

Explica Moniz de Aragão¹⁰⁹ que os tratadistas ensinam que a hipoteca judiciária possui origem francesa e não romana como as demais hipotecas, por ter sido praticada desde antes da Ordenança de Moulins em 1566, em que era disciplinada em seu art. 53.

Como a hipoteca judiciária já era uma prática comum nos países europeus, surgiram outras leis com base no modelo francês, como a italiana. Adotada com finalidade diversa, na Alemanha, a medida foi aproveitada apenas em sua origem, não existindo a hipoteca judiciária propriamente dita, visto que se constitui em meio de execução propriamente dita, tratando-se de modalidade, em que alguns casos correspondem à hipoteca legal.¹¹⁰

Ocorre que, no Brasil, por influência de Portugal, o instituto se enraíza na legislação da Ordenações Manuelinas de 1521,¹¹¹ que é mais antiga que a Ordenança de Moulins, portanto possui origem Portuguesa e não Francesa ou Romana.

Lafayette¹¹² resumiu a disposição da Ordenação portuguesa:

das sentenças proferidas pelas relações subalternas ou por juízes de elevada categoria não era lícito apelar, mas sim interpor o recurso de *agravo ordinário* para a Casa da suplicação de Lisboa (...). Este recurso suspendia a execução da sentença por seis meses, dentro dos quais devia ser processado e julgado. Se o condenado não possuía bens de raiz, era obrigado, enquanto corriam os seis meses, a dar fiança, sob pena de se lhe fazer incontinenti execução. Se, porém, tinha *bens de raiz*, esses bens ficavam desde logo hipotecados ao pagamento da execução.

¹¹¹Ibid., 171.

¹⁰⁷WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1393.

¹⁰⁸Lei nº 6.015/73 - Art. 167 No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: 2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais; BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

¹⁰⁹ ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 170.

¹¹⁰Ibid.

¹¹²LAFAYETTE apud Ibid.

Apesar de o Brasil ter adotado a origem portuguesa, a denominação "hipoteca judiciária" figura no Código Civil Francês; epigrafa a secção II do capítulo das hipotecas.¹¹³ Segundo Moniz de Aragão¹¹⁴ a denominação:

foi igualmente empregada no CPC do Distrito Federal (art. 279), e no CPC/39 (Art. 284). No Código Civil italiano (título da secção III do capítulo dedicado às hipotecas) e no Código Civil português (título da subsecção destinada à hipoteca) consta a denominação "hipoteca judicial". Assim também a denominaram o CPC da Bahia (art. 318), a Consolidação de Mato Grosso (art. 725), e a Lei dos Registros Públicos (art. 167, I, 2). O Dec. 4.857, de 1939, denominava-a "hipoteca jurídica" (art. 260).

Atualmente, sua previsão legal está no art. 495 do Código de Processo Civil, e firmou a denominação "hipoteca judiciária", disciplinada no Capítulo XIII "da sentença e da coisa julgada, na seção II "dos elementos e dos efeitos da sentença".

A hipoteca judiciária foi regulada no Código de Processo Civil de 1939, no Título XI "Da sentença e de sua eficácia", capítulo I "Da sentença" em seu artigo 284,¹¹⁵ possuindo a seguinte redação:

quando, em virtude de sentença, recair sobre os bens do condenado hipoteca judiciária, a respectiva inscrição será ordenada pelo juiz, mediante mandado, na forma da lei civil.

O artigo 284 do CPC 1939 considera a hipoteca judiciária como o "direito de sequela, sem preferência" e determina que o registro da hipoteca judiciária depende da ordem do juiz, mediante mandado, na forma da lei civil.

Para Pontes de Miranda: 117

instituto que se não confunde com a hipoteca judiciária é a penhora dos arts. 888, V, 895, cujo pressuposto distintivo é a fraude. A sentença proferida na ação declaratória (art. 2º., parágrafo único) não tem efeito executivo; portanto, não produz a pretensão de hipoteca judiciária. Se a sentença, com efeito executivo, é ilíquida, tem de ser, antes, liquidada, para que se dê a inscrição e especialização.

¹¹³ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada*: exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 172.

¹¹⁴Ibid.

¹¹⁵BRASIL. *Decreto-lei nº* 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

¹¹⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, p. 342.

 $^{^{117}}$ Ibid.

Em 1973 surgiu um novo Código de Processo Civil, trazendo grandes modificações para o artigo referente à hipoteca judiciária. Com previsão no artigo 466, a hipoteca judiciária continuou prevista no Capítulo sobre sentença, tendo sua redação completamente modificada, trazendo novidades com seus três incisos e mais informações sobre a aplicabilidade da hipoteca judiciária.

Redação do art. 466 do CPC/73:118

a sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária:

I - embora a condenação seja genérica;

II - pendente arresto de bens do devedor;

III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

Para Moniz de Aragão, ¹¹⁹ "a fonte de inspiração da norma em foco parece ter sido o CPC português, em cujo art. 676 (em 1939 e em 1961) se lia: "A sentença que condene o réu no pagamento de uma prestação determinada em dinheiro ou em gênero".

O artigo 466 do CPC/73 trouxe uma delimitação para o pagamento de uma prestação, consistindo na entrega de dinheiro ou na entrega de coisa. O questionamento para essa redação é: no âmbito da condenação do réu em pagamento de uma prestação consistente em dinheiro, caberia a extensão para outros tipos de obrigações?

Para Moniz de Aragão, 121 "apurado o saldo (art. 198) e tornando-se possível cobrá-lo, então, sim, daí por diante há um devedor e uma quantia a pagar", ou seja, como o pagamento de uma prestação corresponde ao cumprimento de obrigação, existia essa possibilidade de extensão para obrigação de fazer ou não fazer, desde que o saldo fosse apurado e tivesse um devedor para cumprir a obrigação.

Ocorre que, no Código de Processo Civil de 2015 com a nova redação do art. 495, delimitou-se ainda mais o pagamento da prestação: apenas a prestação consistente em dinheiro pode ser título constitutivo de hipoteca judiciária. Nesse mesmo sentido é o enunciado nº 310

¹²¹Ibid., p. 176.

-

¹¹⁸BRASIL. *Lei nº* 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

¹¹⁹ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 174.

¹²⁰Ibid., p. 173.

do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹²² que diz: "Não é título constitutivo de hipoteca judiciária a decisão judicial que condena à entrega de coisa distinta de dinheiro".

Diante da nova redação, foi resolvido o conflito que existia no CPC/73 sobre a possibilidade de constituição da hipoteca judiciária em casos de sentença condenatória para entrega de coisa distinta de dinheiro.¹²³

Explica de forma clara Didier Júnior: 124

não é possível a constituição da hipoteca judiciária com base em decisão que não imponha o pagamento de quantia; mas é possível a constituição da hipoteca judiciária nos casos de conversão de prestação de fazer, não-fazer ou dar coisa em obrigação pecuniária. A hipoteca judiciária serve como instrumento para efetivar a execução por quantia certa.

O pressuposto essencial da hipoteca judiciária para Moniz de Aragão¹²⁵ é a prolação de sentença que condene o réu, assim descrita: "trata-se de sentença que imponha o dever de adimplir, de cumprir, de pagar, e possa, por isso, constituir título executivo judicial.". ¹²⁶

O Código de Processo Civil de 2015 substituiu o *caput* do antigo 466, o qual passou a constar: "a decisão que condene o réu",¹²⁷ incluindo decisões interlocutórias que, fundadas em cognição exauriente, resolvam parcialmente o mérito.

Disso decorre que, com a nova redação do CPC/15, o efeito da hipoteca judiciária passou a acompanhar, ainda, as decisões interlocutórias, pois a permuta da palavra "sentença" para "decisão" teve o intuito de permitir uma maior ampliação das decisões com aptidão para suscitar tal efeito, de forma que "não apenas as decisões com cognição exauriente, mas também as decisões provisórias terão aptidão para gerar a hipoteca judiciária". ¹²⁸

Tanto o CPC/73 quanto o CPC/2015 fazem menção a "condenar o réu". Nesse contexto, réu possui o conceito "mais amplo possível, abrangendo todos quantos, figurando na

¹²⁷BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em :09 nov. 2020.

n.243.10.PDF>. Acesso em: 04 dez. 2020.

¹²²BRASIL. *Enunciados do fórum permanente de processualistas civis*. Disponível em: https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2020

¹²³DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 438.

¹²⁵ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 176.

¹²⁶Ibid.

¹²⁸BRASIL. Ministério Público São Paulo *Tutela executiva*; Aspectos relevantes da hipoteca judicial no CPC/2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/ portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_

relação processual na qualidade de sujeitos passivos - tanto os que foram citados desde o início como os que vieram a integrá-la depois, convocados ou voluntariamente". 129

Existe, portanto, a possibilidade de o réu, quando vencedor na demanda, se beneficiar da hipoteca judiciária sobre os bens do autor vencido¹³⁰, pois "o vocábulo réu pode e deve ser interpretado com elasticidade, para abranger o vencido, o condenado". Ou seja, ambos os litigantes podem beneficiar-se da hipoteca judiciária dos bens do vencido. 132

Chiovenda¹³³ expõe:

Todas as sentenças, relativamente às despesas que atribuem ao encargo de uma parte, são sentenças de condenação, e como tais produzem os efeitos respectivos, ou sejam, a ação executória e a hipoteca judicial.

O CPC/73¹³⁴ específica, em seus incisos, as seguintes hipóteses: "a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: I- embora a condenação seja genérica; II - pendente arresto de bens do devedor; III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença."

O inciso I afirma que a hipoteca judiciária é cabível "embora a condenação seja genérica", em outras palavras, abrangia a que era dependente de posterior liquidação, por não ter um valor determinado, como a que condenava a indenizar a parte por perdas e danos, quanto a que dependia de integração complementar.¹³⁵

Já os incisos II e III esclarecem que, a despeito de o vencedor possuir outros meios de assegurar a eficácia da condenação obtida, o seu interesse no registro da hipoteca não desaparece. 136

Com o CPC/15, as modificações nos incisos ocorreram com o fito de unificar os incisos II e III do CPC/73 no inciso II e acrescentar, no inciso III, a possibilidade sobre recurso, passando a ser os incisos do art. 495 do CPC/15:¹³⁷

¹³³CHIOVENDA apud ibid.

¹²⁹ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 177.

¹³⁰DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 439.

¹³¹ARAGÃO, op. cit., p. 177

¹³²Ibid., p.178.

¹³⁴BRASIL. *Lei nº* 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹³⁵ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p.183.

¹³⁶Ibid., p. 184.

¹³⁷BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015 -2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

I- embora a condenação seja genérica;

II- ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor;

III- mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.

O novo inciso III refere-se sobre a possibilidade de ocorrer a hipoteca judiciária mesmo na pendência de recurso com efeito suspensivo. 138 Para o Superior Tribunal de Justiça 139 "a hipoteca judiciária constitui um efeito secundário da sentença condenatória e não obsta a sua efetivação a pendência de julgamento de apelação recebida em ambos os efeitos".

Além das modificações apresentadas, o CPC/15 também acrescentou quatro novos parágrafos ao artigo referente à hipoteca judiciária, dando mais ênfase e explicando, de forma mais clara, sobre os procedimentos da hipoteca judiciária.

Artigo 495 do Código de Processo Civil: 140

- § 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.
- § 3º No prazo de até 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato.
- § 4º A hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro.
- § 5º Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.

O parágrafo segundo do artigo 495 do CPC aborda a forma de realização da hipoteca judiciária: basta que a parte vencedora apresente em cartório de registro de imóvel¹⁴¹ a cópia da sentença, sendo, portanto, desnecessário o mandado judicial para registro da hipoteca judiciária. Em suma, torna-se cabal a publicação da decisão para ser possível o registro.¹⁴²

Em desalinho, o parágrafo terceiro fixou um prazo de 15 (quinze) dias da data da realização da hipoteca para a parte informá-la ao juízo da causa, com o intuito de determinar a intimação da outra parte a fim de que tome ciência do ato.

¹³⁸WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1.391.

¹⁴⁰BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/ ato2015 -2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 nov. 2020.

¹⁴¹Lei nº 6.015/73 - Art. 167 No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: 2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais; BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 02 dez. 2020.

¹⁴²WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1393.

O parágrafo quarto superou as discussões doutrinárias, e a omissão legislativa do CPC/73,¹⁴³ conferiu direito de preferência para o credor hipotecário, observando a prioridade no registro.

Por fim, o CPC/15 passou a disciplinar expressamente a possibilidade de efetivação da hipoteca judiciária mesmo que seja a decisão impugnada de recurso dotado de efeito suspensivo. E, em seu parágrafo quinto, abarcou mais informações sobre o resultado do recurso e a possibilidade de responsabilidade objetiva. Se a decisão condenatória for reformada, a hipoteca judiciária será desfeita e deverá o credor indenizar o devedor pelos prejuízos eventualmente suportados por este. Ocorrendo a reforma parcial a hipoteca judiciária, deve-se mantê-la, garantindo a parte do julgado não reformada. 144

De forma brilhante expos Moniz de Aragão¹⁴⁵ que, apesar de editada antes do CPC/15, permanece atual:

Se a reforma ou invalidação forem parciais, e desde que ainda subsista capítulo que imponha pagamento de quantia, a hipoteca prevalece. Em caso de reforma total, a hipoteca, que era efeito da sentença reformada, deixa de existir, porque a decisão do tribunal substitui a própria sentença (é o chamado efeito substitutivo, previsto no art. 1.008, CPC). Sucede que, se a decisão do tribunal for atacada por recurso com efeito suspensivo, ficarão sobrestados todos os seus efeitos, inclusive o efeito substitutivo. Nesse caso, mantém-se, até ulterior deliberação do recurso, a hipoteca judiciária. Se o recurso, porém, não tiver efeito suspensivo, ocorre a substituição da sentença pela decisão do tribunal e, como se disse, desconstitui-se a hipoteca.

Percebe-se que a hipoteca judiciária passou por uma grande reforma com a nova redação do Código de Processo Civil de 2015, expondo aquilo que antes era apenas discussão doutrinária e tornando-o expresso em lei. O CPC/15 não só solucionou omissões que existiam no CPC/73, como também deu mais visibilidade ao artigo, deixando mais claramente a aplicabilidade da hipoteca judiciária no ordenamento jurídico atual.

¹⁴⁴WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1393.

¹⁴³DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p.440.

¹⁴⁵ARAGÃO apud DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 440.

2.3 Natureza jurídica e finalidade

A hipoteca judiciária é um efeito secundário da sentença, em que sua consequência está relacionada a uma determinação normativa e não ao conteúdo da decisão ¹⁴⁶ mesmo que a decisão possua um conteúdo jurídico suscetível de produzir efeitos, o ordenamento atribui efeito diverso ao do conteúdo da decisão. ¹⁴⁷

Explica Câmara: 148

o efeito não se confunde com o conteúdo do ato jurídico, uma vez que este se localiza dentro do ato, enquanto aquele é necessariamente extrínseco. Como muito bem dito por *Barbosa Moreira*, "conteúdo e efeito são entidades verdadeiramente inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra". [...] outros efeitos podem ser produzidos pela sentença, estes, por força de lei, sendo chamados efeitos secundários da sentença".

Dito isso, entende-se que o efeito secundário que produz a hipoteca judiciária é um efeito indireto e automático que resulta do fato de a decisão existir e, por conseguinte, não depende de pedido da parte, ou da manifestação do juiz, 149 visto sua previsão legal.

O direito brasileiro, tradicionalmente, inclui a hipoteca judiciária entres os direitos reais, sendo uma espécie de direito real de garantia. Essa natureza é aceita pela doutrina do Direito Civil sem maiores debates.

Ocorre que a natureza da hipoteca judiciária é algo que nunca foi estudado tão afundo pelos juristas processualistas, por ser considerada "algo de reminiscência, devido às teorias que viam, nos bens do devedor, garantia dos bens dos credores". ¹⁵⁰

"Discutia-se no direito anterior ao Código Civil de 1916 se apenas dava o direito de sequela [...] ou se era como as outras hipotecas" prevalecendo e adotando o Código Civil de 1916 o entendimento de que a hipoteca judiciária apenas dava o direito de sequela, ou seja, o direito de seguir o patrimônio, ¹⁵² adotando o código de processo civil essa mesma corrente.

_

¹⁴⁶DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 435.

¹⁴⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 478-479. ¹⁴⁸Ibid., p. 479-486.

¹⁴⁹DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 435.

¹⁵⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 112.

¹⁵¹Ibid., p. 110.

¹⁵²Ibid.

Pontes de Miranda, ¹⁵³ em comentários ao código de processo civil de 1973, expõe:

se o credor tem sentença com carga de eficácia executiva imediata (4) ou mediata (3), pode providenciar para que tal sentença opere contra terceiros, como direito real de garantia. [...] A hipoteca é plus – cria o vínculo *real*, de modo que, na execução imediata ou mediata, está o vencedor munido de direito de sequela, que não tinha. Daí resulta que os bens gravados por ela podem ser executados como se a dívida fosse de coisa certa, ainda se em poder de terceiros, que os haja adquirido sem fraude de execução.

Equivocada é a ideia passada de que a hipoteca judiciária é um direito real. Ora, se a hipoteca judiciária dá o direito de sequela, que é o direito de perseguir o bem, não há que se falar em espécie de direito real, pois a capacidade do credor hipotecário não significa exercer os direitos de propriedade elencadas no artigo 1.228 do Código Civil, ¹⁵⁴ mas tão somente uma capacidade que pertence à teoria da responsabilidade executiva. ¹⁵⁵

Trata-se da capacidade de uma pré-penhora, isto é, uma penhora antecipada de imóveis¹⁵⁶ para assegurar a eficácia executiva de uma futura e eventual execução forçada, de forma que, diante do inadimplemento da obrigação imposta pela decisão, possa o credor, por meio da ação executiva, excutir o crédito.

Nas palavras de Câmara: 157

[...] o que se tem aqui, como efeito da decisão, é uma antecipação de um ato executivo típico das execuções por quantia certa, destinada não só a assegurar que em uma futura e eventual execução o credor tenha seu direito satisfeito, mas também para servir como um poderoso mecanismo inibidor de fraudes.

Assim sendo, sua natureza jurídica é de instituto processual, porquanto o credor hipotecário possui responsabilidade patrimonial e capacidade de perseguir o bem para assegurar a efetividade de execução futura, ou seja, o credor tem a segurança de poder penhorar o imóvel caso ocorra fraude à execução, por ter o direito à preferência sobre os demais credores, mesmo quando o bem haja sido alienado. 158

¹⁵³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 111.

¹⁵⁴Código Civil – Art. 1.228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavêla do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. BRASIL. *Lei nº 10.406*, de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/ L10406compilada.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

¹⁵⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p.

¹⁵⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 299.

^{15/}Ibid

¹⁵⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 97.

Já a sua finalidade está ligada a eficácia executiva, ¹⁵⁹ pois "trata-se de garantir o crédito mediante a reserva do bem para futura penhora ainda quando houver sido alienado (direito de sequela), bem como a preferência sobre outros credores". ¹⁶⁰

Diante das considerações, conclui-se que a hipoteca judiciária é um instrumento preventivo de alienações fraudulentas, ¹⁶¹ que possui a função de constrição judicial sobre o bem, com o intuito de assegurar a efetividade de uma futura e eventual execução ¹⁶² a fim de evitar fraude à execução.

Desse modo, a hipoteca judiciária é um efeito secundário da decisão, criada por força de lei, que tem natureza processual, visto que seu objetivo é de uma pré-penhora do imóvel para prevenir alienações fraudulentas e assegurar a eficácia da futura execução.

2.4 Aplicabilidade

O título constitutivo de hipoteca judiciária é aplicado em decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária, conforme exposto pelo art. 495, caput, do CPC.

A hipoteca judiciária não limita quais são os bens que cabem à sua aplicação, sendo, portanto, ampla, abrangendo indistintamente todos os bens do réu, presentes e futuros, pois, sendo os atuais insuficientes para assegurar a garantia, ela será estendida aos que sobrevierem ao vencimento.¹⁶³

Por se tratar de uma hipoteca imposta por lei, seu registro não depende de nenhuma exigência formal, "da parte tê-la pedido e de o juiz tê-la concedido", basta a própria decisão. 164

¹⁵⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 113.

¹⁶⁰DINAMARCO, op. cit., p. 352.

¹⁶¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 486.

¹⁶³ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p.179.

¹⁶⁴Ibid., p. 181.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: 165

A hipoteca judiciária, prevista no artigo 466 [atual artigo 495] do Código de Processo Civil, constitui efeito natural e imediato da sentença condenatória, de modo que pode ser deferida a requerimento do credor independentemente de outros requisitos, não previstos na lei. O direito do credor à hipoteca judiciária não se suprime ante a recorribilidade, com efeito suspensivo, da sentença, nem ante a aparência de suficiência patrimonial do devedor, nem, ainda, de desproporção entre o valor da dívida e o do bem sobre o qual recaia a hipoteca, apenas devendo, na execução, observar-se a devida adequação proporcional à dívida.

Para Pontes de Miranda,¹⁶⁶ o direito ao registro da hipoteca judiciária é direito formativo gerado, tal direito é exercido com o pedido de registro, apontando o credor os bens que o devedor tem a propriedade.

Lacerda de Almeida¹⁶⁷ em Direito das Coisas, II, 277:

quando, referindo-se a hipoteca judiciária, disse que "nasce de um fato – e esse fato abre margem ao credor para exercer o seu direito de garantia real, designando o imóvel, ou os imóveis do condenado, que devem ser levados a registro, e promovendo a respectiva inscrição mediante as formalidades que a lei tem estabelecido para a inscrição das hipotecas legais". À nota7 acrescentou: "A condenação judicial, como fato de que decorre o direito nas hipotecas legais, cria na hipoteca judicial a faculdade para o credor de promover a efetividade da hipoteca."

O registro da hipoteca judiciária ocorre mediante simples requerimento do interessado, devendo o credor apresentar a existência de bens hipotecáveis que integrem o patrimônio do réu. Caso o credor desconheça, pode requerer ao juízo que intime o réu a fornecer a relação; e caso não seja feito, poderá requisitar à Secretaria da Receita Federal cópia da declaração de rendimentos. ¹⁶⁸

Como o registro de imóveis possui uma função de órgão executivo, o registro da hipoteca judiciária determina a restrição ao poder de dispor, por parte do dono do imóvel. 169

¹⁶⁸ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 182.

¹⁶⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1133147/SP*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Disponível em: https://processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo/revista/documento/mediado/">https://processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo/revista/documento/mediadocumen

ATC&sequencial=9384005&num_registro=200901537757&data=20110524&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 19 fev. 2021.

¹⁶⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 118.

¹⁶⁷ALMEIDA apud Ibid., p. 117.

¹⁶⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti . *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 118.

Para Pontes de Miranda: 170

Pode ser a hipoteca, como posterior, sobre bem já hipotecado. O credor com hipoteca judiciária pode remir a anterior, vencendo-se, e o credor com a segunda pode remir a hipoteca judiciária. Pode a hipoteca judiciária recair em parte indivisa do imóvel pertencente ao mesmo dono. Pode ser gravada de hipoteca judiciária a hipoteca pertencente ao condenado, bem como pode a hipoteca judiciária inscrita a favor dele (G. Planck, Kommentar, III, 4ª de., 1077).

Cada Estado possui um código de normas da Corregedoria Geral de Justiça, com as normas de serviço dos cartórios extrajudiciais, portanto, assim, cada Estado possui um procedimento para o registro da hipoteca judiciária.¹⁷¹

Após o registro da hipoteca judicial, o credor tem o prazo de até 15 (quinze) dias da data que realizou o registro para informar ao juízo da causa, que deverá determinar a intimação da outra parte para que tome ciência do ato, conforme previsto no parágrafo 3º do art. 495 do CPC.

O prazo estipulado serve para que o juiz possa exercer o controle de validade do ato, a fim de evitar eventual constituição indevida, podendo invalidar o ato caso não esteja em conformidade com a Lei. Deve-se estar atento ao fato de que o prazo de 15 (quinze) dias estabelecido por lei para comunicar ao juízo do registro da hipoteca judiciária não se confunde com o a duração da hipoteca judiciária.

A duração da hipoteca judiciária em Portugal, por exemplo, visava a proteger o credor dos riscos no intervalo de 6 (seis) meses em que não poderia promover a execução da sentença. Ocorre que, com o passar do tempo, a duração da hipoteca judiciária passou a ser durante esse intervalo, bem como até que se encerrasse a execução.¹⁷³

¹⁷⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 118.

¹⁷¹ BRASIL. Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça – Parte Extrajudicial*. Disponível em:http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00038F49138D2A951732394F2DA8142EA 3EF11C407183528>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. *Normas de serviço Cartórios Extrajudiciais*. Disponível em: https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handlers/FileFetch.ashx?codigo=122208. Acesso em: 20 fev. 2021.

¹⁷²DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 439.

¹⁷³ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 185.

Expôs Moniz de Aragão: 174

Em se tratando de execução por quantia certa contra devedor solvente, cessará com a penhora, que abrangerá "tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios" (art. 659, caput); se, porém, tratar-se de execução contra devedor insolvente, extinguir-se-á com a arrecadação dos bens (arts. 751, e 761, I). Na execução para entrega da coisa, além de garantir a própria execução (contra riscos como o indicado no art. 626, p. ex.), a hipoteca visa a assegurar o ressarcimento em hipóteses como as dos arts. 627 e 628. Nas execuções para obter o cumprimento de obrigação de fazer, ou de não fazer, garantirá contra os riscos como, por exemplo, os dos arts. 633 e 643.

Portanto, atualmente, a duração da hipoteca judiciária se mantém até a extinção da execução ou se ocorrer a prescrição, ¹⁷⁵ conforme Súmula nº 150 do STF. ¹⁷⁶

Visto que a hipoteca judicial é utilizada de modo amplo, é possível configurá-la nas sentenças que homologam transação e fixam obrigações pecuniárias, o que favorece o credor que terá um instrumento de garantia para o cumprimento da obrigação.¹⁷⁷

De forma brilhante expôs Mazzei e Serpa:¹⁷⁸

vale notar que a nova redação pode permitir raciocínio (que entendemos como correto) de que é possível se cogitar a configuração da hipoteca judiciária nas sentenças que homologam transação e fixam obrigações pecuniárias, pois a inteligência do dispositivo indica que se trata de regramento que visa garantir o cumprimento de obrigação pecuniária fixada no âmbito judicial, não podendo, de tal modo, descartar as decisões homologatórias de transação.

Ao se admitir o uso da hipoteca judiciária de modo amplo, alcançando a hipótese aqui versada, a transação judicial (solução amigável homologada judicialmente) será bastante atraente ao credor, pois este terá a seu favor um instrumento de garantia em relação ao cumprimento da obrigação pecuniária, em relação ao que foi avençado especificamente para pagamento ou por conversão pecuniária da prestação de fazer, de não-fazer ou de dar coisa fixada na transação. Mais ainda, permitirá que terceiro (que não figure como parte no processo) possa intervir na transação e indique bem de seu patrimônio para garantir o cumprimento da avença a ser homologada judicialmente, tendo em vista não existir qualquer restrição no sentido no artigo 1.420 do Código Civil.

A aplicabilidade da hipoteca judiciária, não se restringe aos Direitos Civil e Processual Civil, ela estende-se a outros ramos do Direito brasileiro quando estes forem omissos.

¹⁷⁶Súmula nº 150/STF - Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Aplicação das Súmulas no STF*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2127). Acesso em: 21 fev. 2021.

_

¹⁷⁴ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 185.

¹⁷⁵Ibid.

¹⁷⁷MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Direito Civil*. Hipoteca Judiciária: breves noções e sua roupagem segundo o novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 642.

¹⁷⁸Ibid., p. 642-643.

Desde o Código de Processo Civil de 1939 as sentenças estrangeiras, após sua homologação, por possuírem efeito executivo no Brasil, geram a hipoteca judiciária, bem como as sentenças arbitrais se possuírem efeito executivo.¹⁷⁹

O artigo 31 da Lei nº 9.307/96 dispõe que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Admite-se, também, a sentença arbitral parcial desde que tenha o efeito condenatório, que valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária. 180

Ressalta Carmona: 181

a equiparação entre a sentença estatal e a arbitral faz com que a segunda produza os mesmos efeitos da primeira. Por consequência, além da extinção da relação jurídica processual e da decisão da causa (declaração, condenação ou constituição), a decisão de mérito faz coisa julgada às partes entre as quais é dada. Sendo condenatória, a sentença arbitral constituirá título executivo, e permitirá a constituição de hipoteca judicial.

Entende-se, então, que as regras processuais referentes à hipoteca judiciária ainda se adequam à sentença arbitral de natureza condenatória.

Além da sentença estrangeira e da sentença arbitral, a hipoteca judiciária também amolda-se à sentença trabalhista, à ação civil pública e aos honorários de sucumbência do advogado.

Com a inclusão do art. 15 do CPC, passou a haver a integração de normas usando a técnica da supletividade. Antes da inclusão do art. 15, o Código de Processo Civil integrava o processo do trabalho quando havia uma total omissão da legislação processual trabalhista. Entretanto, com a técnica da supletividade, houve a aproximação desses dois ramos e, agora, não depende mais de uma total omissão da lei processual trabalhista, podendo ser utilizada a legislação processual civil quando houver uma insuficiência legislativa ou uma incompletude normativa na legislação processual trabalhista. 182

watch?v=Xdm2QXQITQA&t=9725s>. Acesso em: 20 fev. 2021.

-

¹⁷⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, p. 343.

¹⁸²FREIRE, Bruno. CPC e Reforma Processual Trabalhista: aproximação dos sistemas processuais. In: III CONGRESSO DO INSTITUTO CARIOCA DE PROCESSO CIVIL, 2020, Rio de Janeiro. *O Direito Processual na Contemporaneidade*. Disponível em: https://www.youtube.com/

O Tribunal Superior do Trabalho¹⁸³ firmou a tese que a hipoteca judiciária prevista no art. 495 do CPC deve ser aplicada na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 769 da CLT, em razão da omissão da CLT e por tratar de medida compatível com a efetividade do processo laboral.

Na ação civil pública, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da aplicabilidade da hipoteca judiciária, desde que presentes os elementos centrais a justificá-la. Melhor dizendo, desde que exista uma condenação e o reconhecimento da qualidade de réu.

Nesse sentido a manifestação do Ministro Castro Meira: 184

Deve ser autorizada a hipoteca judiciária, por força de sentença proferida em ação civil pública, quando o administrador é condenado a ressarcir os cofres públicos por contratações irregulares, ainda que o dispositivo sentencial lhe permita deduzir valores eventualmente devolvidos pelos corréus beneficiários.

Também é possível que o advogado promova a constrição dos bens do devedor por meio da hipoteca judiciária, para garantir futura execução que venha ajuizar visto que os honorários configuram direito autônomo do advogado. Concluindo, quando houver condenação do vencido ao pagamento das custas e honorários de advogado caberá a hipoteca judiciária, ainda que não haja outra condenação.

A hipoteca judiciária também pode ser aplicada nas decisões proferidas em sede de Juizado Especial Cível, visto que o artigo 52, *caput*, da Lei nº 9.099/95¹⁸⁷ autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. ¹⁸⁸

A sentença proferida em sede de juizado especial preenche os requisitos determinados pelo art. 495, *caput*, do CPC, para a constituição da hipoteca judiciária, isto é, uma decisão condenatória que consiste em prestação de pagamento em dinheiro, e determina a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária.

¹⁸³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR nº* 1306-64.2013.5.08.0110. Relator: Jose Roberto Freire Pimenta. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/ #bbf4ee42a5aef7bd51d7b7350ce8c31f>. Acesso em: 15 fev. 2021

¹⁸⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº* 762239/SP. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <a href="https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente="https://processo/revista/documento/mediado/revista/documento/mediado/revista/documento/mediado/revista/documento/mediado/revista/documento/mediado/revista/documento/mediado/revista/documento/mediado

¹⁸⁵DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 2. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 439.

¹⁸⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 495.

¹⁸⁷Lei nº 9.099/95 - Art. 52 A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações; BRASIL. *Lei nº* 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹⁸⁸SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 162.

O art. 52 da Lei nº 9.099/95 em seu inciso VII, ¹⁸⁹ reforça a possibilidade de alienação forçada dos bens em sede de Juizado. A alienação forçada consiste na conversão do bem penhorado em dinheiro, ou seja, "transfere-se a alguém o bem penhorado, após o pagamento do respectivo preço, que será distribuído conforme a ordem de preferência sobre o bem penhorado". 190

Já a hipoteca judiciária, por ser uma pré-penhora, sujeita o patrimônio do devedor perante uma responsabilidade patrimonial para assegurar a satisfação do direito do credor, ¹⁹¹ ou seja, é uma forma de complemento à alienação forçada, para prevenir a ocorrência de fraude.

Conforme a lição de Câmara: 192

É possível ocorrer que o devedor (ou outro responsável) tente subtrair um bem da responsabilidade patrimonial, praticando ato de alienação ou oneração fraudulenta. Nessas situações, apesar da retirada do bem de seu patrimônio, não se pode admitir o afastamento do bem alienado ou onerado de forma fraudulenta do espectro de incidência da responsabilidade patrimonial.

É fundamental notar que o princípio da efetividade, que rege os objetivos da Lei dos Juizados Especiais, também se molda à hipoteca judiciária, visto que a efetividade se apresenta para ter um instrumento apto para a solução do processo.

Mazzei e Serpa¹⁹³ dizem que

a ampliação dos regramentos da hipoteca judiciária no CPC/15, dentro deste contexto, vem a revelar a efetivação de um de seus escopos, que é justamente o primor pela efetividade do processo. Ora, abrindo essa possibilidade, o objetivo da hipoteca judicial de garantir uma execução ganha contornos ainda mais relevantes na nova sistemática processual.

¹⁹²Ibid., p. 209.

¹⁸⁹Lei nº 9.099/95 - Art. 52 - VII - na alienação forçada dos bens, o Juiz poderá autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoará em juízo até a data fixada para a praça ou leilão. Sendo o preço inferior ao da avaliação, as partes serão ouvidas. Se o pagamento não for à vista, será oferecida caução idônea, nos casos de alienação de bem móvel, ou hipotecado o imóvel; BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹⁹⁰DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 945.

¹⁹¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 206.

¹⁹³MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. Coleção Repercussões do Novo CPC – Direito Civil. Hipoteca Judiciária: breves noções e sua roupagem segundo o novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 641.

Portanto, registrada a hipoteca judiciária sobre o bem, este fica constrito, para assegurar a medida executiva de forma que ocorra a satisfação do crédito exequendo e após a alienação judicial a hipoteca judiciária extingue-se. 194

Por fim, para Pontes de Miranda¹⁹⁵ "a sentença que revoga atos jurídicos em fraude de credores falenciais tem o efeito anexo de hipoteca judiciária". Nesse mesmo viés também é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁹⁶ que determinou a classificação do crédito de credor de massa falida, titular de hipoteca judiciária, como sendo de "garantia real".

Sob a ótica da Lei nº 11.101/2005, a hipoteca judiciária está incluída no artigo 83, II, ¹⁹⁷ pois ela recai sobre determinado bem afetado pelo registro na forma do LRP, impondo-se sua classificação nos credores com "garantia real". ¹⁹⁸

Enfim, para a constituição da hipoteca judiciária e para ser gerada, é necessário ter uma decisão condenatória, e o seu registro deve ser feito pelo credor em conformidade com as normas da Corregedoria Geral da Justiça de seu respectivo Estado no registro de imóveis.

2.5 Preferência

O direito de preferência ao credor hipotecário sempre foi uma questão de debate na doutrina brasileira, para Moniz de Aragão, Teixeira de Freitas e Beviláqua¹⁹⁹ a hipoteca judiciária não conferia preferência ao credor, pois se sustentava pelo Código Civil de 1916, já que o Código de Processo Civil de 1973 era omisso em relação a esse direito.

¹⁹⁴DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 985.

¹⁹⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 115.

¹⁹⁶BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2020462-46.2020.8.26.0000. Relator: Pereira Calças. Disponível em: https://esaj.tjsp. jus.br/pastadigital/abrir DocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso =2020462-46.2020.8.26.0000 cdProcesso= RI005QEU30000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nm Alias=SG5TJ&cdS ervico=190201 &ticket=MX0UHU9QI3xhDMraFDVa7jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvzN%2 FXq11VcehrKtwr3ouAwn01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gB E17nK8ACfcvdctvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh% 2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslNQoWf%2BSkMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3 MfoNHH2IrVHLcJKNLPbTzQ%2BMSa9lsPfhIuLNqjxU9NJvxaoeacd6SluWsWNVbG6H9OWr6QWBvxCH %2BtytCD6jPei1WNQmOSYLUiCeBq2F7Dv8%2FzUPFvkPA%3D%3D> Acesso em: 20 fev. 2021.

¹⁹⁷Lei nº 11.101/2005 - Art. 83 A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

II - os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado; BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

¹⁹⁸COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

¹⁹⁹ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 180.

Para Teixeira de Freitas,²⁰⁰ "a sentença obtida com o requisito desta Lei (referia-se a Lei de 20 de junho de 1774, §44) não muda a natureza da dívida, não melhora a condição do credor; [...]".

Divergia desse entendimento Azevedo Marques,²⁰¹ que entendia ser cabível o direito de preferência ao credor, "não obstante a linguagem da lei: sem importar preferência (...) volatilizam-se diante dos axiomas jurídicos, que acabamos de expor; e por isso não podem deixar de ser eliminadas pelo intérprete".

Carvalho Santos²⁰² propôs uma solução intermediária para o conflito de entendimentos:

[...]quando o Código diz que a hipoteca judicial não importa em preferência quer se referir apenas aos credores já existentes ao tempo de ser iniciada a ação, na qual foi proferida a sentença que deu origem à referida hipoteca, mas não impede que a preferência se estabeleça e seja reconhecida com relação aos credores posteriores ao início da ação.

Assim sendo, a hipoteca judiciária apenas gerava o direito de sequela que permitia ao credor buscar o bem hipotecado no patrimônio de quem estivesse com a coisa, mas não gerava o direito de preferência.²⁰³

Com a revogação do Código de Processo Civil de 1973 e a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em 2015, acabou a discussão a respeito da hipoteca judiciária e o direito de preferência do credor hipotecário, pois o artigo 495, parágrafo 4°, trouxe, em sua redação, expressamente o direito de preferência em relação aos demais credores do devedor:²⁰⁴

Art. 495, §4º a hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro.

O parágrafo 4º supriu a omissão legislativa que existia no Código de Processo Civil de 1973, apresentando um parágrafo exclusivo sobre o direito de preferência do credor hipotecário de hipoteca judiciária, em que "o credor que possui hipoteca judiciária terá direito

²⁰² SANTOS apud Ibid.

²⁰⁰FREITAS apud ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 181.

²⁰¹Ibid. p. 180.

²⁰³CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 486.

²⁰⁴MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Direito Civil.* Hipoteca Judiciária: breves noções e sua roupagem segundo o novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 645.

de preferência sobre os demais credores do devedor, desde que observada a prioridade no registro". ²⁰⁵

Com a previsão expressa do direito de preferência no CPC/15, a preferência da hipoteca judiciária passou a ser igual à da hipoteca convencional, sendo, pois, o direito de preferência uma garantia real, espacial e temporal.

Para Silva Pereira²⁰⁶ a preferência:

é o direito reconhecido ao credor de se pagar prioritariamente, sem se sujeitar a concursos ou rateio. É tão acentuado este atributo, que se aplica o preço do imóvel, obtido na excussão hipotecária, ao pagamento da hipoteca, prioritariamente em relação a outros créditos privilegiados, que somente podem concorrer sobre o remanescente, salvo, obviamente, as despesas judiciais e impostos devidos pelo próprio imóvel.

Complementa Lopes:²⁰⁷

a primeira diretiva da *preferência* é, por assim dizer, de *ordem espacial*, pois ocupa uma posição de superioridade sobre os demais créditos; ao passo que a segunda é de *ordem temporal*, pois os direitos reais ficam fixados em prol do título com a prioridade do registro.

O direito de preferência da hipoteca judiciária é uma garantia oponível *erga omnes* que produz efeitos em relação a terceiros, visto que a hipoteca judicial se configura como penhora que gera preferência "*prior tempore potior iure* (anterior no tempo preferente no direito)", ²⁰⁸ o que concede ao credor hipotecário uma proteção e uma precedência de receber o seu crédito, antes dos demais credores.

A preferência da hipoteca é tratada no Código Civil²⁰⁹ em seus artigos 955 a 965, que presta esclarecimentos sobre quais as hipóteses devem ser observadas quando existir o concurso creditório entre vários credores, apresentando a ordem de preferência dos credores hipotecários.

²⁰⁵MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Direito Civil.* Hipoteca Judiciária: breves noções e sua roupagem segundo o novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 645.

²⁰⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, V. IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2014, p. 721.

²⁰⁷LOPES apud TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil:* Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 10-11.

²⁰⁸ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada*: exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 181.

²⁰⁹BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

Portanto, a não observância do quadro geral de credores pode acarretar a obrigação de restituição dos valores recebidos indevidamente por credores que estavam fora da ordem de preferência.²¹⁰

Quando ocorrer concurso creditório entre vários credores hipotecários, deverá ser adotada a regra da ordem de registro, pois o número de ordem obtido com o registro da hipoteca judiciária é o que determina a sua prioridade, e esta determina a preferência entre as hipotecas, o número de ordem registrado no livro de protocolo é a prenotação do título que determina a prioridade entre os credores com a garantia real.

Por fim, o direito de preferência da hipoteca judiciária segue as regras previstas no Código Civil para hipoteca convencional, e a não observância das regras estabelecidas geram dever de restituição dos valores, sessando o direito de preferência da hipoteca judiciária com a extinção da execução ou se ocorrer a prescrição.

²¹⁰SCHREIBER, Anderson et al. Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2019. p. 641.

²¹¹Código Civil - Art. 1.493. Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo. BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 07 abr. 2021. ²¹²SCHREIBER, op. cit., p. 1.121.

3. A HIPOTECA JUDICIÁRIA COMO MEIO DE PREVENÇÃO ÀS FRAUDES

Fraude, vem do latim *fraus*, *fraudis*, é considerado o mesmo que dolo, engano, abuso de confiança, ação praticada de má-fé.²¹³

A fraude sempre foi repelida pelo direito, pois há a que tem a finalidade de prejudicar o credor e se esquivar de alguma sanção legal. Com o intuito de reprimir esse delito, o legislador criou meios de prevenção à fraude e meios para detectá-la.²¹⁴

Os meios para detectar as fraudes estão dentro do conceito da fraude pauliana e fraude à execução. Resumiu Dinamarco:²¹⁵

a) a fraude contra credores, que visa a lesar somente o credor, depende da *insolvência* e do *concerto fraudulento* com o adquirente, precisando ser previamente reconhecida em sentença preferida em *ação pauliana*; b) a fraude de execução em relação a obrigações de pagar dinheiro, que além da lesão ao credor é ultrajante à dignidade da Justiça, depende também da *insolvência* mas não da intenção fraudulenta do adquirente, devendo ser reconhecida já no processo ou fase executiva, sem necessidade de prévia sentença que a reconheça; c) a fraude de execução referente à obrigação de entregar coisa certa não depende da insolvência do obrigado, caracterizando-se mediante simples disposição do bem (CPC, art. 792, inc, I); d) a disposição de bem constrito, que visa a lesar o credor e também constitui atrevida rebeldia a um ato judicial já realizado, independe da insolvência e da intenção do adquirente, não impedindo que a execução prossiga.

Os meios de prevenção à fraude previstos em lei são: o protesto da decisão condenatória já transitada em julgado, as averbações nos registros públicos referentes a esses bens e a hipoteca judiciária. Esses meios possuem o intuito de dar publicidade máxima ao bem constrito, por meio de seu registro, garantindo a publicidade ao ato e plena ciência a terceiros de que o bem possui uma constrição judicial, permitindo, em caso de reconhecimento de fraude à execução, que o credor persiga esse bem constrito e penhore-o para satisfazer o crédito.

²¹³THEODORO JR. Humberto. *Fraude contra credores:* a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 59.

²¹⁴Idem. A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo. *Revista Jurídica*, Ano 48 – Janeiro de 2001 – Nº 279. p. 5.

²¹⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 406.

3.1. As fraudes contra o credor: fraude pauliana e fraude à execução

As fraudes contra o credor são concernentes ao princípio da responsabilidade patrimonial, em que o patrimônio do devedor fica sujeito às medidas executivas, ou seja, todos os bens presentes e futuros, respondem pela obrigação.²¹⁶

Para Cahali²¹⁷ o:

patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores; ou, mais precisamente, no patrimônio do devedor encontra-se a garantia dos credores, na medida em que tal patrimônio responde pelas obrigações assumidas pelo seu titular, em caso de inadimplemento voluntário.

Destarte, a sujeição é um meio de evitar os atos de exercício do poder do devedor sobre o patrimônio, de modo que sejam suportadas as medidas executivas até a satisfação do crédito, o que não se confunde com a obrigação ou o dever, pois o devedor não tem a obrigação ou dever de suportar os atos constritivos sobre o seu patrimônio, ele apenas suporta os atos determinados pelo juízo.²¹⁸

Para Dinamarco²¹⁹:

a fórmula básica da responsabilidade patrimonial conceituada como a aptidão de um bem ou de todo um patrimônio a suportar os efeitos da sanção executiva [...] responsabilidade é um estado de potencial sujeição a ela, ou seja, é sujeitabilidade à sanção. [...] as sanções inerentes à execução forçada, depende de esse bem ser responsável, isto é, depende de ele ser parte de um patrimônio apto a fornecer meios à execução;

[...] num quadro de legalidade, que constitui inerência da garantia constitucional do *due process of law*, é óbvio que *sujeição* não significa exposição do devedor a toda e qualquer atuação sobre seu patrimônio, independentemente da legitimidade do sacrifício que lhe é imposto. Tem faculdades defensivas no processo executivo mesmo e poder de oferecer embargos. Falar em sujeição, portanto, significa somente indicar, como acima foi ressalvado, a impossibilidade de impedir a realização de medidas adequadas e legítimas.

A sujeitabilidade imposta pela responsabilidade patrimonial é a "possibilidade de sujeição de um patrimônio às medidas executivas que se dirigem a fazer cumprir a vontade concreta do direito substancial".²²⁰

²¹⁶DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 388.

²¹⁷CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores:* fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

²¹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 235.

²¹⁹Idem. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 324 – 236.

²²⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 206.

A regra geral é que o patrimônio do devedor é a garantia de seus credores, porém existem exceções a essa regra, resumiu perfeitamente Dinamarco:²²¹

a) a responsabilidade patrimonial só pode incidir sobre bens economicamente apreciáveis, porque de nada vale captar bens que não forem aptos a produzir resultados para a tutela jurisdicional do credor; b) em princípio, *todo* o patrimônio do devedor responde, mas a lei abre exceções a algumas hipóteses nas quais certos bens pertencentes a ele não respondem; c) sempre em princípio, *só* o patrimônio do devedor responde, mas há casos em que também respondem certos bens alheios.

Visto que todos os bens do devedor, presentes e futuros, respondem pelas suas obrigações, a lei assegura ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor de seu patrimônio, e, diante desse direito, surge a possibilidade de alienações fraudulentas a fim de prejudicar os credores.²²²

Deste modo, diante da possibilidade de o devedor tentar subtrair um bem da responsabilidade patrimonial por meio de ato de alienação ou oneração fraudulenta, o legislador brasileiro, com o intuito de "aumentar a proteção do credor, assegurando uma maior eficiência na busca da realização de seu direito", construiu um sistema de controle da disponibilidade dos bens do devedor, assegurando-lhe o direito de livre administração/disposição, desde que não cause danos aos seus credores cedores modalidades de fraude.

Resumiu Cahali:225

para obviar tais expedientes, arma-se o sistema jurídico de meios tendentes ao controle da livre disponibilidade e administração de bens pelo devedor para, conquanto permitindo a disposição de coisas e direitos que integram o seu patrimônio, impedir que, com isto, venha a prejudicar os seus credores. Assim, preservado embora o direito de disposição da coisa, próprio do titular do domínio, aquela faculdade de disposição de bens e direitos só é de ser exercida na medida em que não moleste a segurança dos créditos de terceiros. [...] Portanto – escreve D'Avanzo –, a atividade do devedor, na disponibilidade de seus bens livres, não encontra restrição legal a não ser quando se trata de uma atividade fraudulenta, de atos in fraudem; concedendo-se, por isso, ao credor um ius vigilandi in fraudem, um ius vigilandi sobre aquele patrimônio, com o controle sobre os atos de disponibilidade do devedor, caracterizados pelo exercício de seus direitos em fraude dos direitos de seus credores.

²²¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 326

²²²CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores:* fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

²²³CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2017, p. 345.

²²⁴DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 388.

²²⁵CAHALI, op. cit., p. 35-37.

A fraude está ligada à má-fé, e quem a cogita, no plano jurídico, tem a intenção de lesar alguém, portanto "contra este tipo de procedimento lesivo, a ordem jurídica ergue-se, em todos os ramos, desde os do direito privado até os do direito público, seja na defesa de interesses puramente particulares, seja na repressão a prejuízos de interesse geral ou coletivo".²²⁶

Para Beviláqua:227

o vocábulo fraude, trouxe do direito romano certa vacilação de significado, que passou para o direito francês e pátrio; realmente, os romanos, umas vezes, designavam por *fraus* qualquer ardil ou embuste empregado no intuito de enganar; outras vezes, *fraus* equivalia à simulação. [...] Fraude é o artifício malicioso para prejudicar terceiro, de *persona ad personam*.

Didier Júnior²²⁸ define fraude como:

uma das diversas condutas contrárias à boa-fé. É negação da boa-fé; consiste, enfim, em conduta repudiada no âmbito das relações negociais. Poder ser definida como a manobra ilegal, que lesa interesses legítimos do credor. A fraude do devedor é expressão que se refere a uma categoria ampla.

Para Silva Pereira²²⁹ fraude é:

um defeito que não se caracteriza como falha no consentimento²³⁰. [...] É uma especialização semântica do direito moderno. Pelo romano *fraus* designava procedimento malicioso, quer se apresentasse sob a modalidade do dolo, que a da fraude propriamente dita. [...] Fraude é, pois, segundo os princípios assentados em nosso direito, em consonância com as ideias mais certas, a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiros; e tanto se insere no negócio unilateral (caso em que macula o negócio ainda que dela não participe outra pessoa), como se imiscui no negócio bilateral (caso em que a manipulação é concertada entre as partes).

Portanto, as fraudes contra o credor são condutas que visam a livrar um bem da responsabilidade patrimonial a que está sujeito a fim de efetuar uma manobra ilegal para lesar

²²⁶THEODORO JR. Humberto. *Fraude contra credores:* a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 59.

²²⁷ BEVILÁQUA apud CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores:* fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

²²⁸DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 389.

²²⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, I. Introdução ao direito civil, Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2011, p. 448.

²³⁰Silva Pereira também afirma que inexiste vício de consentimento: "porque o agente assim procede, porque assim quer, sem que a declaração de vontade sofra uma distorção que a coloque em divergência com o querer interior". Ibid. p. 449.

interesses legítimos do credor,²³¹ podendo o ato fraudulento consistir na alienação do bem ou na constituição de um gravame sobre ele.²³²

É importante dizer que o devedor pode alienar seus bens, desde que observados alguns cuidados, como destaca Câmara:²³³ "o mero fato de alguém ser devedor não é capaz de impedir que sejam praticados atos de alienação de bens. O devedor pode alienar seus bens. O que não pode é fazê-lo de modo a se tornar insolvável (ou a agravar a situação de insolvabilidade)".

Mesmo sendo regidas por estatutos diferentes, a fraude de execução e a fraude pauliana possuem natureza processual relacionada com a responsabilidade executiva, ²³⁴ pois o fator principal em ambas as fraudes, segundo Theodoro Júnior²³⁵ é "o desfalque indevido dos bens que deveriam assegurar a satisfação do direito dos credores".

Trata-se, basicamente, da diminuição patrimonial do devedor, conduzindo-o a insolvência ou agravamento em prejuízo dos credores. Ou seja, "o seu passivo torna-se maior do que seu ativo, não dispondo de bens para responder pela obrigação".²³⁶

Para Silva Pereira²³⁷ a fraude é um ato real:

na *fraude*, o que estará presente é o propósito de levar aos credores um prejuízo, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhes a garantia real que devem encontrar no patrimônio do devedor. Seus requisitos são a má-fé ou a malícia do devedor, e a intenção de impor um prejuízo a terceiro.

Portanto, quando o devedor insolvente, ou na iminência de se tornar insolvente, celebrar negócio jurídico que reduzam seu patrimônio em detrimento da garantia que seu patrimônio representa para os credores, figurará fraude pauliana.²³⁸

Para a configuração da fraude pauliana, dois elementos caracterizadores devem ser preenchidos: o elemento objetivo, que corresponde à exigência de redução patrimonial ou o agravamento, que é o dano também conhecido como *eventus damni*; e o elemento subjetivo,

²³⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 412

²³¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, I. Introdução ao direito civil, Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2011, p. 449.

²³²CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2017, p. 345.

²³³Ibid.

²³⁵THEODORO JR. Humberto. *Fraude contra credores:* a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 207.

²³⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 262.

²³⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, I. Introdução ao direito civil, Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2011, p. 449.

²³⁸SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2019, p. 99.

que é a ciência do devedor de causar o dano, isto é, a fraude, também conhecido como *consilium* fraudis.²³⁹

O *eventus damni*, é o dano causado pela fraude, ou seja, é um requisito que consiste na diminuição patrimonial até a redução da insolvência,²⁴⁰ sendo a insolvência a insuficiência patrimonial do devedor para satisfação das dívidas.

Explica Dinamarco:241

a insolvência é o estado patrimonial consistente em desequilíbrio econômico-financeiro, sendo o ativo insuficiente para responder por todo o passivo do devedor. É insolvente quem deve valor mais alto do que o valor dos bens que tem (dinheiro, móveis, imóveis). Por definição legal, "dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor" (CPC/73, art. 748).

O devedor insolvente é aquele que deve mais do que tem e, por isso, a insolvência é um requisito tão importante para a repulsa à fraude a credores, "porque nela reside o mal que o devedor fraudulento procura causar ao credor".²⁴²

Silva Pereira²⁴³ afirma que:

na fraude contra credores, *não há vício de consentimento*. É ato consciente, que corresponde à vontade interior do agente. É vício social, decorrente da desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem jurídica, que repudia atuações fraudulentas.

Para medir a solvência ou a insolvência do devedor o patrimônio levado em consideração é o conjunto de todos os bens economicamente apreciáveis do obrigado, exceto os excluídos por algum motivo legal.

Dinamarco²⁴⁴ expõe:

tanto é insolvente aquele que nada tem, ou pouco tem para responder por suas obrigações, como aquele que for dono de bens com valor acima dos débitos, mas que por força de lei ou de algum ato particular estejam subtraídos à execução forçada (os bens de família, aqueles oferecidos em garantia real *etc*.

²³⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 345.

²⁴⁰Idem. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 210.

²⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 257.

²⁴²Idem. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 415.

²⁴³PEREIRA apud DIDIER JR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 390.

²⁴⁴DINAMARCO, op. cit., p. 415.

Portanto, o *eventus damni*, é o prejuízo causado ao credor por ter o devedor se tornado insolvente ou por ter agravado ainda mais seu estado de insolvência,²⁴⁵ sendo a prova de insolvência indispensável e cabendo ao credor o ônus de demonstrá-la.²⁴⁶

O elemento subjetivo, no entanto, o *consilium fraudis*, é a intenção do devedor ou do devedor aliado com terceiro de ilidir os efeitos da cobrança pelo credor.²⁴⁷ Consiste na intenção do devedor de causar o dano ao credor.²⁴⁸

O ato fraudulento pode ocorrer de forma gratuita ou de forma onerosa, portanto existem distinções entre eles.

Quando o ato for praticado de forma gratuita, a lei dispensa o requisito do *consilium* fraudis previsto no artigo 158 do Código Civil,²⁴⁹ não se exige a verificação do instituto fraudulento, pois tem a presunção absoluta de fraude e má fé,²⁵⁰. Note-se: "não se exige, porém que o adquirente tivesse (ou ao menos pudesse ter) conhecimento da redução à insolvabilidade (ou seu gravame)".²⁵¹

Sendo oneroso o ato, não importa que o devedor haja com *animus nocendi*, com a intenção de fraudar, ²⁵² exige-se o denominado *consilium fraudis*, a ciência do devedor de causar o dano. Portanto, quando o ato fraudulento ocorrer de forma onerosa, é ônus do credor provar que o devedor tinha ciência que a prática daquele ato o tornaria insolvente. ²⁵³

Explica de forma brilhante Câmara:²⁵⁴

o elemento subjetivo é bilateral (*consilium* significa conselho, no sentido de reunião de pessoas para deliberar, como em conselho consultivo ou em conselho de sentença), o que implica dizer que não só do alienante do bem, mas também de seu adquirente, se exige ao menos a potencial consciência de que com a prática daquele ato o devedor se reduzirá à insolvabilidade ou agravará sua insolvência econômica.

²⁵³DIDIER JR et al., op. cit., p. 392.

²⁴⁵SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil Comentado*, *doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2019, p. 99.

²⁴⁶DIDIER JR et al. op. cit., p. 392.

²⁴⁷SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil Comentado*, *doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2019, p. 99.

²⁴⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 210.

²⁴⁹Código Civil - Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. § 1 o Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente. § 2 o Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles. BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁵⁰DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 392.

²⁵¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 346.

²⁵²Ibid. p. 346.

²⁵⁴CÂMARA, op. cit., p. 346.

Para o artigo 159 do Código Civil,²⁵⁵ a ciência do devedor é configurada quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do terceiro configurando a *scientia* fraudis.²⁵⁶

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:²⁵⁷

a ocorrência de fraude contra credores demanda a anterioridade do crédito, a comprovação de prejuízo ao credor (*eventus damni*), que o ato jurídico praticado tenha levado o devedor à insolvência e o conhecimento, pelo terceiro adquirente, do estado de insolvência do devedor (*scientia fraudis*).

Portanto, explica Silva Pereira:²⁵⁸

se o negócio é gratuito, sempre traz diminuição patrimonial e sempre redução de garantias, somente poden-do praticá-lo quem com isto não impõe prejuízo aos credores por manter íntegra a sua capacidade de solução das obrigações: *nemo liberalis nisi liberatus*; se o negócio é oneroso, pode importar, ou não, em redução patrimonial e restrição de garantias, mas em todo caso o coparticipante do negócio não recebeu um benefício, porém ofereceu uma contraprestação à vantagem que auferiu.

A maioria da doutrina civilista²⁵⁹ diz que o negócio fraudulento praticado em fraude contra credores poderá ser anulado, e o efeito da anulação consiste na proteção dos credores quirografários para reposição do bem ao patrimônio do devedor.²⁶⁰ Ocorre que existe um debate doutrinário ativo sobre a solução legal para o ato praticado em fraude pauliana se ocorre a anulação ou a ineficácia do ato.

É importante frisar que os atos fraudulentos não são nulos nem anuláveis, são apenas ineficazes, isto é, o ato praticado na fraude pauliana é válido, mas ineficaz.²⁶¹

²⁵⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, I. Introdução ao direito civil, Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2011, p. 450.

²⁵⁵Código Civil - 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. BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁵⁶TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil:* Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 330.

²⁵⁷STJ apud ibid.

²⁵⁹Ibid., p. 453. e TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil:* Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 330.

²⁶⁰Ibid., p. 331.

²⁶¹Esta é a posição defendida por renomados processualistas, como: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 408. e CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 346.

Na esfera jurídica, se diz eficaz o ato capaz de produzir resultados e válido quando observados os requisitos substanciais de forma postos pelo direito.²⁶²

A eficácia de um o negócio jurídico de alienação ou oneração patrimonial depende do efeito programado e do efeito secundário, em que o primeiro consiste na transferência do domínio ou na constituição de ônus sobre o bem. Ocorre que esse efeito típico não possui o condão de interferir nas relações entre as pessoas e perante o mundo jurídico, pois os efeitos que irradiam o negócio jurídico independem da vontade do agente, visto que são previstos por lei ou pelo sistema jurídico.²⁶³

Exemplifica Câmara:264

assim também se dá com os atos de alienação de bens, para figurar um exemplo que se liga à teoria da fraude contra credores. Ao realizar uma compra e venda de um determinado bem, por exemplo, as partes têm mira um certo efeito, que consiste na transmissão de um bem do patrimônio do vendedor para o do comprador. Este é o efeito programado do ato. Além deste, porém, outro efeito se produz quando o bem é vendido: este bem é excluído do campo de incidência da responsabilidade patrimonial, pois que, deixando de pertencer ao devedor, não mais poderá ser utilizado por seus credores como meio de assegurar a satisfação de seus créditos. Isto porque como visto anteriormente, a responsabilidade patrimonial alcança os bens que integram o patrimônio do devedor no momento em que se inicia a execução e os adquiridos no curso do processo, não atingindo bens passados (assim entendidos os que tenham saído do patrimônio do devedor antes do início do processo executivo).

A propósito dos efeitos secundários pode-se afirmar que são efeitos externos do ato voluntário,²⁶⁵ o mesmo efeito consistente na hipoteca judiciária, em que, mesmo não sendo requeridos pelo agente, irão existir, pois o ato jurídico irá produzi-los ainda que não tenham sido requeridos pelas pessoas que o praticam.²⁶⁶

O efeito secundário produzido no ato de fraude pauliana é o de exclusão do bem alienado do acervo que constitui a garantia geral das obrigações do alienante.²⁶⁷ Como meio de proteção a esfera patrimonial de terceiros, exclui-se a aptidão do ato jurídico para produzir o efeito secundário.²⁶⁸

_

²⁶²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 406

²⁶³DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 250-251.

²⁶⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 214.

²⁶⁵DINAMARCO, op. cit., p. 250.

²⁶⁶Ibid e CÂMARA, op. cit., p. 213.

²⁶⁷DINAMARCO, op. cit., p. 251.

²⁶⁸CÂMARA, op. cit., p. 214.

Para Dinamarco:269

a exclusão do bem à responsabilidade patrimonial do devedor é um *efeito secundário* dos negócios jurídicos de alienação, não um *efeito programado* (Betti), porque a compra e venda não é instituída pelo direito nem é realizada pelas partes com essa declarada intenção mas somente com a de transferir o domínio. Efeitos secundários são consequências não programadas pelos agentes nem declaradas no ato que realizam, mas acrescidas imperativamente pela lei sem qualquer consideração à vontade desses sujeitos.

Câmara:270

assim, por exemplo, na alienação de bem em fraude contra credores, o efeito programado se produz, e o bem alienado passa a pertencer ao adquirente. Não se produz, porém, o efeito secundário, o que significa dizer que aquele bem, embora tenha saído do patrimônio do devedor, permanece incluído no campo de incidência da responsabilidade patrimonial. Isto é embora não mais pertença ao devedor, será possível sua apreensão (no patrimônio do terceiro que o adquiriu), para que com ele se assegure a realização do direito de crédito do terceiro prejudicado pela alienação.

Assim, o ato praticado em fraude contra credores é dito ineficaz, não inválido, pois não se trata de um vício de consentimento, nem de defeito intrínseco para ser anulado, visto que o ato jurídico inválido ocorre quando falta algum dos seus requisitos internos, formativos, diferente do que ocorre na fraude pauliana, pois o vício é exterior, extrínseco.²⁷¹

A invalidade, por conseguinte, decorre de um fator interno ao ato, algo ligado ao elemento constitutivo do ato praticado, fazendo com que não se aperfeiçoe; e a ineficácia decorre de um fator externo, ou seja, de um vício extrínseco, que impede o ato fraudulento de produzir efeitos.²⁷²

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Betti, Buttera e Bulhões de Carvalho: 273

a invalidade é o tratamento que corresponde a uma carência intrínseca do negócio, no seu conteúdo preceptivo; a ineficácia, diversamente, apresenta-se como a resposta mais adequada a um "impedimento de caráter extrínseco, que indica sobre o projetado regulamento de interesses, na sua realização prática" (cfr. Betti, Teoria generale del negozio giuridico, III, n. 57, esp, p. 11, trad. port.). Vacilando embora, entre ineficácia e anulação parcial (no caso de fraude a credores), diz Butera que a actio pauliana tem por fundamento um vício extrínseco (cfr. Dellázione pauliana, n. 23, p. 53). Bulhões

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 408-409.

²⁷⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 214.

²⁷¹Ibid., p. 212.

²⁷²CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 346.

²⁷³BETTI, BUTTERA E BULHÕES DE CARVALHO apud DINAMARCO DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 253.

de Carvalho, cuidando dos atos fraudulentos, falou da sua "paralisação por uma causa extrínseca" (*cfr. Ineficácia*, n. 13, p. 6).

Anular o ato significaria, nas palavras de Dinamarco,²⁷⁴ "devolver as partes e o bem ao *status quo ante* e o registro imobiliário se cancelaria e eventual saldo em execução pertenceria ao vendedor fraudulento [...] a anulação do negócio iria além dos objetivos que justificam o repúdio legal à fraude contra credores".

Para Dinamarco:²⁷⁵

as fraudes do devedor devem ser encaradas exclusivamente pelo prisma do empenho em *preservar o bem para a execução*, pouco importando ao credor que ele haja passado de um dono a outro, desde que continue à disposição para servir ao objetivo de satisfazer o crédito que tem perante o devedor-alienante. [...] Por isso o ato judicial que reconhece a fraude não retira ao negócio fraudulento a eficácia programada de transferir o domínio ou de constituir garantia real em favor de terceiro, quer se trate de disposição de bem já constrito, de fraude de execução ou mesmo de fraude contra credores; ao determinar a penhora do bem alienado porque a alienação foi fraudulenta, *o juiz não deve desconstituir o ato ou anulá-lo*.

Para que o ato seja considerado nulo, a teoria da nulidade não permite que o negócio jurídico produza seus efeitos, mas o negócio fraudulento produz o efeito de transmissão do domínio, o efeito programado, o que o torna um ato fraudulento com ineficácia parcial, entendendo-se que a fraude não priva a eficácia do negócio jurídico totalmente.²⁷⁶

A ineficácia de um ato, é, pois, um meio de preservação dos direitos de terceiros que não participaram do negócio jurídico, pois o ato é válido, mas ineficaz em relação ao credor, ²⁷⁷ correspondendo à cisão entre efeitos produzidos *inter partes* e os efeitos produzidos *ultra partes*, ²⁷⁸ sendo a fraude pauliana uma causa de inoponibilidade ²⁷⁹ e não de anulabilidade. ²⁸⁰

Resumiu de forma brilhante Dinamarco:²⁸¹

²⁷⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 255.

²⁷⁵Idem. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 408-409.

²⁷⁶Idem. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 254.

²⁷⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 215.

²⁷⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 407.

²⁷⁹Inoponibilidade é uma palavra de muito uso entre os italianos e tem a mesma raiz do substantivo *oposição*, que serve para designar certas defesas processuais; os embargos do executado chamam-se *opposizioni del debitore*. Daí falar-se em *inopponibilità* para traduzir a ideia de que a aquisição em fraude não é suscetível de ser alegada (oposta) pelo adquirente para a defesa do bem que adquiriu. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 404.

²⁸⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 215.

²⁸¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 408.

A distinção conceitual entre validade e eficácia não teria utilidade alguma enquanto se pensasse na capacidade do negócio jurídico a produzir efeitos perante os próprios agentes, porque o um negócio viciado, e por isso nulo perante o direito, é inteiramente ineficaz em relação a toda e qualquer pessoa, inclusive os sujeitos que o realizaram. A teoria da ineficácia é, no entanto, extremamente útil quando se cuida de atos que podem vincular os agentes, mas não atingem terceiros — sendo, portanto, válidos perante aqueles, mas ineficazes perante estes. Na realidade, a ineficácia nesse sentido é mera *ineficácia parcial*, ou infraeficácia (Bulhões Carvalho), porque se limita a preservar apenas quem não participou do ato, vinculando os que houverem participado.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁸² que reconhece como consequência a ineficácia relativa:

a fraude contra credores não gera a anulabilidade do negócio — já que o retorno, puro e simples, ao sta*tus quo ante pod*eria 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, § 20; 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.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁸³ também se posicionou no mesmo sentido:

a ação pauliana cabe ser ajuizada pelo credor lesado (ev*entus damni)* por alienação fraudulenta, remissão de dívida ou pagamento de dívida não vencida a credor quirografário, em face do devedor insolvente e terceiros adquirentes ou beneficiados, com o objetivo de que seja reconhecida a ineficácia (relativa) do ato jurídico - nos limites do débito do devedor para com o autor.

Por ser a ineficácia do ato fraudulento uma ineficácia superveniente, ou seja, apta a produzir todos os seus efeitos, ²⁸⁴ cabe ao credor lesado propor a ação pauliana, prevista no art.

²⁸³BRASIL. *Jurisprudência Recurso Especial nº 1.100.525 – RS.* Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁸²BRASIL. *Jurisprudência Recurso Especial nº 506.312 – MS.* Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁸⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 347.

161 do Código Civil,²⁸⁵ para buscar o reconhecimento da inoperância do ato fraudulento em face do credor.²⁸⁶

A ação pauliana é resultado de um processo de criação pretoriana com o intuito de conter a liberdade de fraude contra credores, tornando um dos remédios revocatórios.²⁸⁷ Vem do direito romano;²⁸⁸ "conta-se que foi um certo pretor *Paulo* quem incluiu dito remédio em seu édito e daí o nome que ainda hoje ostenta;"²⁸⁹ Disse também: "a origem mais antiga da *actio pauliana* se encontra no direito grego e já Demóstenes faz referência a ela em seus escritos jurídicos".²⁹⁰

No início, a ação pauliana possuía caráter penal e era dirigida contra o terceiro que houvesse prestado o ato fraudulento; o réu era condenado a uma pena pecuniária. Depois passou a ser contra o donatário que se aproveitara da fraude cometida pelo devedor.²⁹¹

Para Silva Pereira, ²⁹² deve a ação pauliana possuir os seguintes requisitos:

A) deve ser proposta pelo credor prejudicado, que já o fosse contemporaneamente ao negócio incriminado, pois o posterior não tem que se queixar, por encontrar desfalcado o patrimônio ao assumir a qualidade creditória; b) pode ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que tiver com ele celebrado a estipulação incriminada, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má fé (Código Civil, art. 161); c) tem o autor de provar o eventus damni, isto é, o prejuízo que o negócio considerado fraudulento lhe tenha causado, pois que a anulação do negócio não tem por objeto punir o que a aliena tem por objeto punir o que a aliena, porém reparar o prejuízo dos que são indiretamente atingidos pela disposição, e, assim, para ter a legitimatio ad causam é mister que o credor, autor na actio revoeatoria, prove ter sofrido um prejuízo efetivo, e não que o negócio poderia, em tese, ser-lhe danoso; d) tem de provar o estado de insolvência e, se for oneroso o ato, o conhecimento real ou presumido dessa situação pela outra parte, o que requer, como condição de admissibilidade da ação revocatória, a verifica-ção daquele estado, pois se o autor encontrar outros bens, no patrimônio do devedor, suscetíveis de penhora, poderá pagar-se pela excussão deles, sem necessidade de revogar o ato; e) o consilium fraudis, quando oneroso o negócio jurídico, ou seja, o concerto realizado entre os que dele partici-param na ciência do estado de insolvência, circunstância que, repitamos, é dispensada se o negócio fraudulento é gratuito, porque então traz em si a presunção de má-fé.

²⁸⁵BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁸⁶THEODORO JR. Humberto. *Fraude contra credores:* a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 237.

²⁸⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 263.

²⁸⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, I. Introdução ao direito civil, Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2011, p. 451.

²⁸⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 263.

²⁹⁰Ibid

²⁹¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Intituições de Direito Civil*, I. Introdução ao direito civil, Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2011, p. 451.
²⁹²Ibid., p. 452.

A ação pauliana deve ser proposta pelo credor a fim de obter uma medida judicial reconhecendo a fraude, sendo essa medida a sentença que julgar procedente a ação, decretando a ineficácia do ato em relação ao credor.²⁹³

A sentença produzida pela ação pauliana possui natureza constitutiva, que possui o efeito de restabelecer a responsabilidade executiva sobre o bem objeto da fraude pauliana, melhor dizendo, o bem passa a ser suscetível de penhora,²⁹⁴ a sentença não anula o ato, mas retira a eficácia em relação ao credor.²⁹⁵

Assim sendo, o ato fraudulento só será capaz de produzir seus efeitos até que seja proferida a sentença pauliana, e os atos executivos só poderão incidir sobre os bens após a sentença, ocorrendo, então, a ineficácia sucessiva.²⁹⁶

Resume Dinamarco:²⁹⁷

a situação dos bens alienados em fraude contra credores evolui dessa maneira: a) antes da alienação eles respondem ordinariamente pelas obrigações do proprietário (CPC, art. 789); b) quando alienados, eles são *ipso facto* excluídos dessa responsabilidade, não podendo pois ser penhorados; c) só voltarão a responder por aquelas obrigações quando eventualmente vier a ser julgada procedente a *ação autônoma* promovida pelo credor (CPC, art. 790, inc. VI), que é a *ação pauliana*.

O resultado da ação pauliana só atinge ao credor que promoveu a ação. Isso ocorre porque a sentença não anula o ato fraudulento, apenas declara a existência de atos fraudulentos como causa de ineficácia.²⁹⁸ Nessa esteira de raciocínio, não tendo o credor legitimidade e interesse processual para pedir a exclusão do efeito para a comunidade dos credores, prevalecerá a regra da legitimidade individual do art. 18 do CPC.²⁹⁹

Segundo o parágrafo 2º do artigo 158, do Código Civil³⁰⁰ "só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles". Isso significa dizer que só terão

²⁹³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 347; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 421. ²⁹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 420-421

²⁹⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 347.

²⁹⁶Idem. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 215.

²⁹⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 421.

²⁹⁸THEODORO JR. Humberto. *Fraude contra credores:* a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 241-242.

²⁹⁹DINAMARCO, op. cit., p. 421.; Código de Processo Civil – Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/_ato2015 -2018/2015/lei/ 113105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁰⁰BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

direito ao reconhecimento da fraude pauliana os credores que já o eram ao tempo do ato fraudulento. Nesse mesmo sentido é o Enunciado n. 292 da IV Jornada de Direito Civil:³⁰¹ "para os efeitos do art. 158, § 2°, a anterioridade do crédito é determinada pela causa que lhe dá origem, independentemente de seu reconhecimento por decisão judicial".

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça³⁰² já se manifestou no sentido de existir fraude pauliana em relação a dividas futuras quando verificada a fraude predeterminada em detrimento de credores futuros:

A literal interpretação da regra do art. 106, parágrafo único, do CC/16, conservada pelo art. 158, § 2°, do CC/02, já não se mostra suficiente à frustração da fraude à execução. O intelecto ardiloso é criativo e, através dos tempos, encontra meios de contornar a caracterização da fraude no desfalque de patrimônio para livrá-lo dos credores. Um desses expedientes é o desfazimento antecipado de bens, já antevendo, num futuro próximo, o surgimento de dívidas, com vistas a afastar o requisito da anterioridade do crédito, como condição da ação pauliana. Conforme anota Orlando Gomes, "de regra, só é anulável a transmissão feita depois de ter sido contraída a dívida, mas não há razão para essa limitação porque o ato de alienação praticado anteriormente pode ser dolosamente preordenado para o fim de prejudicar a satisfação do futuro credor" (Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 4a ed., 1976, p. 283). No mesmo sentido, o escólio de Maria Helena Diniz (Curso de direito civil brasileiro, vol. I. São Paulo: Saraiva, 26a ed., 2009, p. 209) e Yussef Said Cahali (Fraude contra credores. São Paulo: RT, 4a ed., 2008, p. 106). Assim, embora a anterioridade do crédito seja, via de regra, pressuposto de procedência da ação pauliana, ela pode ser excepcionada quando verificada a fraude predeterminada em detrimento de credores futuros.

Conclui-se que o objetivo da ação pauliana é recolocar a coisa na garantia real dos credores³⁰³ e que não se erige uma "ação anulatória", pelo fato de a sentença de procedência retirar do negócio jurídico fraudulento apenas o que é preciso para que o credor não tenha prejuízos.³⁰⁴ Percorre páginas legislativas inúmeras o entendimento de que a ação pauliana tem o condão de proclamar a ineficácia do ato fraudulento, para que o bem alienado seja restaurado ao patrimônio do devedor que satisfaça os interesses do credor.³⁰⁵

³⁰¹BRASIL. *Enunciados da Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V.* Disponível em https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cei/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁰²BRASIL. *Jurisprudência Medida Cautelar* nº 16.170 -SP. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁰³TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil:* Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 333.

³⁰⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 265.

³⁰⁵CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores:* fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

Aponta a doutrina que a fraude à execução é uma especialização da fraude pauliana,³⁰⁶ porém não se confundem os institutos, visto que a fraude à execução é uma segunda modalidade de fraude na alienação ou oneração dos bens,³⁰⁷ que tutela o interesse do credor prejudicado e a efetividade da tutela jurisdicional.³⁰⁸

A fraude à execução ou fraude de execução é um instituto tipicamente processual, peculiar do direito brasileiro, não encontrando similar em outros países, ³⁰⁹ consistente na realização de um ato de alienação ou oneração que ocorre durante um processo de conhecimento ou de execução. ³¹⁰

Entende-se ser essencial para a caracterização da fraude à execução que estejam presentes dois requisitos, quais sejam: que o ato tenha sido praticado durante um processo; que se caracterize com a citação válida do demandado; e que, com a prática do ato, o demandado tenha-se tornado insolvente ou agravado a insolvabilidade.³¹¹

Há, então, o entendimento de que é dispensável a análise dos requisitos subjetivos, só importando para a fraude de execução os requisitos objetivos. Para Cahali³¹² "na fraude à execução a fraude está *in re ipsa*, presumida de modo irrefragável".

Não havendo a averbação no registro de imóveis, cabe ao credor provar que o terceiro adquirente tinha plena ciência da pendência do processo ou da constrição judicial,³¹³ conforme afirma o Enunciado 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça:³¹⁴ "o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

³⁰⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 216. e DIDIER JR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 396.

³⁰⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 216-217.

³⁰⁸TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil:* Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 335.

³⁰⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 424.

³¹⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 792.

³¹¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 350.

³¹²CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores:* fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 68. ³¹³CAHALI, op. cit., p. 463.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 375/STJ*. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capSumula375.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2021.

Segundo Liebman:315

a fraude toma aspectos mais graves quando praticada depois de iniciado o processo condenatório ou executório contra o devedor. É que então não só é mais patente que nunca o intuito de lesar os credores, como também a alienação dos bens do devedor constitui 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, ainda mais eficaz se torna a reação da ordem jurídica contra o ato fraudulento. Sem necessidade de ação especial, visando destruir os efeitos prejudicais do ato de alienação, a lei, sem mais, nega-lhes reconhecimento. Isto é, o ato de alienação, embora válido entre as partes, não subtrai os bens à responsabilidade executória: eles continuam respondendo pelas dívidas do alienante, como se não tivessem saído de seu patrimônio. Além disso, a lei dispensa a prova do elemento subjetivo da fraude, do consilium fraudis. A intenção fraudulenta está in re ipsa; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional.

Pelo fato de o ato fraudulento ocorrer com o processo já instaurado, e o demandado estar ciente da instauração do processo, a fraude à execução é considerada como ato atentatório à dignidade da justiça, conforme previsão do artigo 774, I, do CPC, tornando essa fraude mais grave do que a fraude pauliana.³¹⁶

Expôs Dinamarco:317

caracteriza-se a fraude de 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 tonar 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.

Saliente-se haver-se criado uma conduta atentatória à dignidade da justiça, por reconhecer a autonomia da "responsabilidade processual". Trata-se aqui de um caso muito grave, porque essa conduta dentro da fraude à execução torna sem efeito a atividade da tutela jurisdicional executiva e lesa o direito da parte.

As condutas atentatórias à dignidade da jurisdição executiva estão previstas no art. 774 do Código de Processo Civil, que são os deveres de lealdade e cooperação específicos para o executado, com o objetivo de preservar a ética e a probidade na execução.³¹⁸

³¹⁵LIEBMAN apud CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores:* fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 354.

³¹⁶DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 399.

³¹⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 275.

³¹⁸DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 431.

No tocante a essa conduta ilícita ou abusiva, a lei permite ao juiz impor sanção pecuniária processual como meio de preservação da eficácia do processo de execução, ³¹⁹ sendo essa conduta, também, tipificada no art. 179 do Código Penal. ³²⁰

Em uma lúcida contribuição de Cahali:³²¹ "a fraude de execução se caracteriza, assim, pela violação da função processual executiva, pois a alienação dificulta a atuação do Poder Judiciário, que seria frustrada se não se voltasse contra o terceiro-adquirente".

Os atos qualificados como fraude à execução estão expressos no art. 792 do Código de Processo Civil:³²²

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem 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;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do <u>art. 828;</u>

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro 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 e no local onde se encontra o bem.

§ 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.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

Para Dinamarco,³²³ a fraude à execução possui duas vertentes distintas: "a) alienar ou gravar com ônus real o próprio bem sobre o qual "pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória"(CPC, art. 792, inc. I); b) dispor de bens ou créditos, reduzindo-se à insolvência, também a partir da pendência de um processo (art. 792, inc. IV)."

-

³¹⁹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 774.

³²⁰DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 399.

³²¹CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores:* fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 354.

³²²BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

³²³DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 424.

Trata-se aqui do art. 792 do CPC que se divide em dois pressupostos: a proteção à execução específica para entrega de coisa certa prevista no inciso I do referido artigo e a proteção à execução aos créditos pecuniários, correspondente ao inciso IV.324

Ao se falar na proteção dos bens pecuniários, o instituto da fraude à execução possui o mesmo objetivo da fraude pauliana: afastar a responsabilidade executiva sobre o patrimônio do devedor; a ineficácia do ato fraudulento; a insolvência como requisito para a configuração do ato,325 diferenciando-se apenas no requisito essencial da fraude à execução que é a indispensável pendência de um processo.

Salienta-se para fins de esclarecimento que a primeira hipótese de fraude à execução está prevista no inciso I do art. 792 do CPC, "quando sobre o bem 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". 326 Nesse ponto, o legislador esclarece que existirá a fraude à execução quando o demandado, durante um processo já instaurado, alienar o bem objeto dessa ação fundada em direito real ou em ação reipersecutória que permite a perseguição de um bem específico.³²⁷

A ineficácia do ato fraudulento está condicionada ao requisito subjetivo, que nessa hipótese só será possível se a pendência do processo havia sido averbada no respectivo registro público, se houver.³²⁸

Para Câmara,³²⁹ existe um complemento entre os artigos 109, 790, inc. I e 792, inc. I, do CPC:

> este dispositivo vem completar um sistema que se iniciaria com o art. 109 (por força do qual a alienação da coisa litigiosa não altera a legitimidade das partes, de modo que o alienante permanece no processo, agora na posição de substituto processual do adquirente, salvo se, nos termos do §1º do aludido dispositivo, a parte adversária consentir com a sucessão processual, ficando, de toda maneira, o adquirente sujeito aos efeitos da sentença, nos termos do §3º do art. 109) passa pelo art. 790, I (que estabelece que o bem do sucessor a título singular fica sujeito à execução quanto esta se funde em direito real ou em direito pessoal de que resulta a pretensão reipersecutória), culminando neste art. 792, I, que afirma ser fraudulenta a alienação do bem realizada quando pendente processo instaurado por demanda fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória.

³²⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 424.

³²⁶BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil _03/_ato2015 -2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2021.

³²⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2017, p. 347.

³²⁸Ibid., p. 348. e DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p.

³²⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 348.

A segunda hipótese de fraude à execução ocorre quando a alienação ou a oneração do bem "tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828". 330 O art. 828 do CPC se refere à "possibilidade de o exequente obter, do juízo, certidão de que a execução por título extrajudicial foi admitida, da qual constarão a identificação das partes e do valor da causa, podendo tal certidão ser averbada no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a apreensão judicial". 332

Destarte, o inciso II se aplica na pendência de execução de título extrajudicial, bastando, nessa hipótese, o requisito objetivo que consiste na alienação ou oneração do bem ter ocorrido depois da averbação no registro do bem.³³³

É importante destacar que, se não for feita a averbação da execução no registro público, não se exclui de modo absoluto a fraude à execução, apenas será necessário que a prática do ato conduza o devedor à insolvência, sendo aplicado o art. 792, IV, do CPC.³³⁴

O inciso III, do 792, trata da hipótese de alienação ou oneração de bem "quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude". Semelhante ao inciso II, basta o requisito objetivo que consiste na alienação ou oneração do bem ter ocorrido depois da averbação do ato constritivo. 336

Por fim, a última hipótese de fraude à execução prevista no inciso IV do art. 792 ocorre, "quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência". Essa hipótese refere-se à fraude praticada em relação aos direitos

³³⁴DIDIER JR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 408.

³³⁰BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/ ato2015 -2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2021.

³³¹ Código de Processo Civil - Art. 828. 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. § 1º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas. § 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados. § 3º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo. § 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação. § 5º 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. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

³³²CÂMARA, op. cit., p. 348.

³³³Ibid.

³³⁵BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

³³⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2017, p. 349.

³³⁷BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

de crédito em dinheiro, suscetíveis de execução de obrigações pecuniárias,³³⁸ pois o ato fraudulento é sobre qualquer bem penhorável para a satisfação da obrigação.³³⁹

Enquadra-se nessa hipótese, também, casos que não se adequam em nenhuma das hipóteses anteriores, ou seja, aplica-se essa norma aos casos em que a averbação não tenha ocorrido junto ao registro do bem alienado ou onerado, da pendência da execução ou de ato constrito sobre o próprio bem. Logo, não sendo averbado no registro do bem, quaisquer casos dos incisos II e III do art. 192, para que seja possível a configuração de fraude, é "indispensável que a disposição de bens se faça quando já houver sido instaurado e esteja pendente um processo; é necessário que ela produza ou agrave a insuficiência do patrimônio penhorável do obrigado". 341

A fraude à execução, desse modo, exige uma preexistência de uma lide e acarreta a ineficácia do ato fraudulento em relação ao exequente, conforme exposto no parágrafo 1° do art. 792. Essa ineficácia é originária, pois não há necessidade de uma demanda autônoma ser proposta com o objetivo de seu reconhecimento.³⁴²

O parágrafo 2º do art. 792³⁴³ é uma regra de proteção, que permite a defesa, apenas, ao adquirente de bem não sujeito a registro, consistente à demonstração da boa-fé do terceiro adquirente, sendo, portanto, ônus do adquirente do bem provar sua boa-fé,³⁴⁴ por meio da demonstração de que adotou as cautelas necessárias para aquisição, exibindo as certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

Em contrapartida, o parágrafo 3º do art. 792³⁴⁵ diz respeito aos casos de desconsideração da personalidade jurídica, que consiste na verificação da fraude à execução a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

³³⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 434. e CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 349.

³³⁹ DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 401.

³⁴⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 349.

³⁴¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 434.

³⁴²CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 350.

³⁴³Código de Processo Civil – Art. 792 - § 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro 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 e no local onde se encontra o bem. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/

ccivil _03/_ato2015 -2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2021.

³⁴⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 350.

³⁴⁵Código de Processo Civil – Art. 792 - § 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. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

Depreende-se que, quando instaurado o incidente de desconsideração durante um processo já pendente, o responsável será citado e apenas após sua citação poderá ser configurada a fraude à execução. Não obstante, quando requerida na petição inicial, dispensando-se o incidente, será reconhecida a fraude à execução cometida pelo responsável a partir da citação.³⁴⁶

É clara a exposição de Dinamarco³⁴⁷ quando afirma que:

dispõe também o Código de Processo Civil que "acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente" (art. 137). Esse dispositivo refere-se à alienação ou oneração realizada pelo terceiro a quem, mediante o incidente de desconsideração, haja sido estendida a responsabilidade pela dívida versada no processo.

Por fim, o art. 792 do CPC apresenta o parágrafo 4°,³⁴⁸ que trata da intimação do terceiro adquirente, para que, se quiser, oponha embargos de terceiro no prazo de 15 dias.

Diante desse parágrafo, para Dinamarco,³⁴⁹ "em princípio só podem considerar-se ineficazes os atos de disposição ou oneração de bens em fraude de execução se o *adquirente* tiver conhecimento da existência do processo ou houver razões para que não pudesse ignora-la.".

É expressivo saber que, por ser o terceiro adquirente quem irá suportar os obstáculos da ineficácia, não se admite que, quando o adquirente estiver de boa-fé, se imponha a ineficácia sem saber da litispendência.³⁵⁰

É importante destacar que a intimação a que se refere o parágrafo 4º não exerce a função da citação, ela apenas dá ciência ao adquirente de que o bem pode ser penhorado, dando, assim, ao terceiro adquirente uma chance de defender seu patrimônio por meio dos embargos de terceiro.³⁵¹

348Código de Processo Civil – Art. 792 - § 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

_

³⁴⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 428.

³⁴⁷ Ibid

³⁴⁹DINAMARCO, op. cit., p. 430.

³⁵⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 430.

³⁵¹Ibid., p. 435.

Admite-se que a fraude à execução seja reconhecida de ofício, mas, de acordo com o princípio do contraditório, deve haver a intimação do terceiro adquirente.³⁵²

Para Didier Júnior:353

além disso, nada impede que, alegada fraude contra credores, incidentalmente, em embargos de terceiro ou em ação própria, o juiz, no curso da execução, reconheça a fraude à execução - observada a exigência do art. 792, §4°, CPC. Enfim, o juiz pode reconhecer, de ofício, a fraude à execução, embora tenha sido alegada a fraude contra credores. Isso sem mencionar a possibilidade de que o credor alegue fraude à execução, nominando-a de fraude contra credores. O nomen juris é irrelevante; o importante é que fique demonstrada a prática de ato caracterizador da fraude à execução.

À guisa de esclarecimento, só se admite a declaração do ato praticado em fraude à execução após o decurso do prazo de quinze dias, admitindo, então, a prática de atos executivos sobre o bem.354

Diante dos incisos e parágrafos do artigo 792 do CPC, o legislador trata com mais rigor a fraude à execução, e, por isso, ela é considerada a mais grave das fraudes contra credores, visto que o ato fraudulento praticado frusta o resultado da futura execução.

Em palavras de fim, conclui-se que a ineficácia relativa é uma sanção natural das modalidades de fraude contra credores, 355 pois a sentença apenas reconhece a inoponibilidade do ato aos credores de forma que não invalida ou modifica o ato de alienação fraudulenta.³⁵⁶

3.2. Meios de prevenção à fraude

Existem, no Código de Processo Civil, dois meios de prevenção à fraude, voltados à preservação dos bens que se encontram no patrimônio do obrigado, de forma a tornar os atos de alienação ou oneração dos bens ineficazes.

Explica Dinamarco³⁵⁷ que "essas providências não são requisitos de validade dos atos a que se referem. Sua utilidade consiste em dificultar o surgimento de dúvidas quanto à eficácia ou ineficácia, perante o credor, da transferência de bens a terceiros (fraude de execução etc.)."

³⁵²DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 398. e CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2017, p. 351.

³⁵³DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 398-399.

³⁵⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2017, p. 351.

³⁵⁵THEODORO JR. Humberto. Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 210.

³⁵⁶Ibid., p. 246.

³⁵⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 544.

Propriamente dizendo, esses meios de prevenção possuem o objetivo de levar ao conhecimento de terceiros, por meio de registro público, que o bem que lhe será transferido possui restrições e será ineficaz perante o credor, podendo este alcançá-lo a qualquer momento, fazendo com que não restem dúvidas sobre a má-fé do terceiro que venha adquiri-lo.

Trata-se, portanto, do protesto da decisão condenatória já transitada em julgado e das averbações nos registros públicos referentes a esses bens.³⁵⁸

O protesto antes do CPC/15 apenas era aplicado no foro extrajudicial,³⁵⁹ portanto o protesto da decisão judicial transitada em julgado é uma novidade que o legislador implantou no sistema processual brasileiro.

O artigo 517 do Código de Processo Civil traz a regra expressa:³⁶⁰

A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

- § 1º Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão.
- § 2º A certidão de teor da decisão deverá ser fornecida no prazo de 3 (três) dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário.
- § 3º O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.
- § 4º A requerimento do executado, o protesto será cancelado por determinação do juiz, mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias, contado da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação.

Sua finalidade é de caracterizar o inadimplemento de obrigações e dar-lhes publicidade, uma vez que o protesto deve ser um instrumento de divulgação para que o futuro adquirente saiba da existência de constrições sobre determinados sujeitos, reduzindo, com esse expediente, possibilidade de acesso ao crédito.³⁶¹

Resumiu perfeitamente Theodoro Júnior:³⁶²

trata o protesto de meio de prova especial que tem por finalidade tornar inequívoco o inadimplemento da obrigação e dar publicidade da mora do devedor. É uma medida coercitiva bastante eficaz, que visa dar maior efetividade ao cumprimento da decisão, na medida em que abala o acesso ao crédito por parte do devedor inadimplente. De certa forma, funciona como medida de reforço da atividade processual executiva, de

_

³⁵⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 544.

³⁵⁹THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 118.

³⁶⁰BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 mai. 2021.

³⁶¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 545

³⁶²THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 119.

modo a conduzir o executado à solução voluntária da obrigação, evitando os encargos e incômodos da execução forçada.

O protesto é cabível: da decisão judicial transitada em julgado e depois de transcorrido o prazo de quinze dias para o pagamento voluntário. Essa decisão se estende às decisões de títulos executivos judiciais que autorizam o cumprimento definitivo de sentença, ou seja, abrange apenas as decisões portadoras do julgamento do mérito, independe se o julgamento for total ou parcial do mérito.³⁶³

Para que o protesto seja efetivado, o credor precisa apresentar a certidão de teor da decisão que tenha o nome e qualificação das partes, número de processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário, nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 517 do CPC.³⁶⁴

Sendo comprovada a satisfação integral do crédito, o executado, mediante requerimento, pode solicitar ao juízo o cancelamento do protesto, que ocorrerá no prazo de três dias contados do protocolo do requerimento e mediante oficio expedido ao cartório, conforme previsto no §4º do 517.365

A averbação tem o intuito de provocar o conhecimento geral do fato documentado ou da situação jurídica por ele instituída, ³⁶⁶ bem como divulgá-la *erga omnes*. Seu objetivo é evitar a alienação fraudulenta com o registro da certidão, ³⁶⁷ fazendo com que os bens afetados por ela não sejam facilmente alienados pelo devedor. ³⁶⁸

O efeito da averbação está vinculado à restrição do bem registrado, instituindo a ele uma ineficácia relativa, que consiste em uma alienação válida, porém ineficaz, não podendo se

³⁶³WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1477; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 545.

³⁶⁴WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1477; Código de Processo Civil – Art. 517 - § 2º A certidão de teor da decisão deverá ser fornecida no prazo de 3 (três) dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário. § 3º O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 mai. 2021.

³⁶⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 546.

³⁶⁷WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2133.

³⁶⁸THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 491.

opor à execução, visto que "subsistirá a responsabilidade sobre o bem, mesmo tendo sido transferido para o patrimônio de terceiro". 369

É importante ressaltar que o credor tem autorização legal para se proteger das alienações fraudulentas com a averbação em registro público, apenas após a distribuição do feito executivo.370

No registro de bens, existem três espécies de averbação para a proteção do credor contra a fraude à execução, sendo elas: averbação da pendência de ação real ou reipersecutória; averbação da pendência de execução admitida e averbação da pendência de processo capaz de reduzir o devedor à insolvência.371

Como se percebe, a averbação atua como fator de presunção absoluta do conhecimento da pendência processual, e a imposição dessa presunção tem o duplo significado de dispensar o ônus do exequente de provar a má-fé do terceiro adquirente,³⁷² o que torna o conhecimento da averbação um requisito para que a fraude seja configurada.

Resumiu Theodoro Júnior:³⁷³

Se a execução ficar desguarnecida a fraude é legalmente presumida, independentemente da boa ou má-fé do adquirente, graças ao sistema de publicidade da averbação, no registro público, da simples existência de execução contra o alienante. Em outros termos, a averbação torna a força da execução ajuizada oponível erga omnes no tocante aos bens objeto da medida registral, de sorte que, sendo alienados, permanecerão, mesmo no patrimônio do adquirente, sujeitos à penhora, sem que se possa cogitar de boa-fé do terceiro para impedi-la.

A fim de evitar a averbação manifestamente indevida, o art. 828, §5° do CPC³⁷⁴ impõe que a averbação siga o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade de forma que não cause prejuízos ao devedor, sob pena de sanção de indenizar a parte contrária como forma de punição ao ato do credor que prejudica o devedor. ³⁷⁵

Por fim, a prevenção contra a fraude de execução ocorre por meio de registro público, possuindo uma eficácia cautelar, exemplo expressivo de uma medida provisória, uma vez que,

³⁶⁹THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 491. ³⁷⁰Ibid., p. 492.

³⁷¹DIDIER JR, Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil: 5. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 425.

³⁷²DINAMARCO, op. cit., p. 547.

³⁷³THEODORO JR., op. cit., p. 491.

³⁷⁴Código de Processo Civil – Art. 828, § 5º 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. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/_ato2015 -2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mai. 2021.

375THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 492.

atingida a satisfação do crédito, o registro dos bens não constritos será cancelado pelo próprio exequente. ³⁷⁶

3.3. A hipoteca judiciária como meio de prevenção às fraudes

A hipoteca judiciária, por estar associada à responsabilidade patrimonial e executiva, tem, como finalidade, a garantia da execução das decisões judiciais. Em outros termos, seu objetivo é de assegurar a eficácia executiva por meio de uma pré-penhora dos bens do devedor, consistente em gerar proteção ao credor e prevenir alienações fraudulentas.

Disciplinada no art. 495 do Código de Processo Civil,³⁷⁷ a hipoteca judiciária é considerada um meio de prevenção às fraudes.³⁷⁸ Ocorre que para ter eficácia contra terceiros exige-se que seja registrada no Registro de Imóveis, em conformidade com o parágrafo 2º do referido artigo.

Esse é o entendimento de Andrade e Nery Junior: 379

Hipoteca Judicial. É efeito secundário da sentença que visa resguardar o interessado de eventual e futura fraude. Para ter eficácia contra terceiros, exige inscrição e especialização, considerando-se em fraude de execução toda e qualquer transação que lhe seja posterior.

³⁷⁶THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 491.

³⁷⁷Código de Processo Civil - Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária. § 1º A decisão produz a hipoteca judiciária: I - embora a condenação seja genérica; II - ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor; III - mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo. § 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência. § 3º No prazo de até 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato. § 4º A hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro. § 5º Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 mai. 2021.

³⁷⁸Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 97.; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 486.

³⁷⁹ ANDRADE; NERY JUNIOR apud MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Direito Civil*. Hipoteca Judiciária: breves noções e sua roupagem segundo o novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 632.

O registro da hipoteca judicial faz com que os bens do devedor passem a garantir a dívida proveniente do não cumprimento da decisão, e, mesmo que o bem seja alienado, poderá o credor hipotecário persegui-lo, pois está munido de direito de sequela.³⁸⁰

O direito de sequela é o poder que o credor possui de perseguir a coisa, no estado em que estiver, parar exercer seu direito de excussão sobre ela, independente de quem a possua.³⁸¹

Assim, o registro dá publicidade à decisão, informando o estado em que se encontra o bem, constituindo advertências para acautelá-lo,³⁸² e tornando os atos fraudulentos, praticados sobre bem averbado, ineficazes. Em conclusão, pode-se dizer que o registro da hipoteca judiciária delimita a responsabilidade do devedor, incidindo especificamente sobre os bens atingidos por ela.³⁸³

Diante desse registro, o terceiro adquirente tem que se atentar as normas do CPC/15 e as da Lei de Registro Públicos,³⁸⁴ para que possa ser considerada a sua boa-fé objetiva, que depende das medidas adotadas para que sua aquisição esteja protegida juridicamente.³⁸⁵

Com o registro da hipoteca judiciária, o bem passa a ter uma constrição judicial, e sendo reconhecida a fraude à execução prevista no art. 792, inc. III, do CPC,³⁸⁶ o credor hipotecário poderá penhorar o imóvel objeto do registro, para satisfação de seu crédito.³⁸⁷

A constrição judicial impõe a ineficácia do ato fraudulento, permitindo que o credor prossiga com a execução sobre bem constrito, ainda que esteja em mãos de terceiros, sem que haja o prejuízo da satisfação do crédito do credor.³⁸⁸

³⁸⁴BRASIL. *Lei nº* 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov. br/ccivil_03 /leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 19 mai. 2021.

³⁸⁰MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Direito Civil.* Hipoteca Judiciária: breves noções e sua roupagem segundo o novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 632.

³⁸¹TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil:* Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 9.

³⁸²ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 18.

³⁸³Ibid., p. 183.

³⁸⁵MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Leriane Drumond. *Fraude à execução no CPC/2015:* Algumas questões Registrais. *Revista Jurídica*, ano 63 – Junho 2015 – n° 452, p. 12.

³⁸⁶Código de Processo Civil - Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 mai. 2021.

³⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil,* IV. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 97.

³⁸⁸CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores:* fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 446.

Além do art. 792, inc. III, do CPC, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 375,389 atinente ao reconhecimento da fraude à execução, tornando-a depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Por fim, a hipoteca judiciária é considerada um meio de prevenção às fraudes, por dar publicidade ao ato, dando ao futuro adquirente notícia da existência de uma constrição sobre o bem. Ademais, em caso de reconhecimento de fraude à execução, poderá o credor hipotecário penhorá-lo a fim de satisfazer o crédito e, assim, dar efetividade à execução.

Acesso em: 19 mai. 2021.

³⁸⁹ O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de máfé do terceiro adquirente. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 375 Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capSumula375.pdf>.

CONCLUSÃO

Não se espera, evidentemente, ter elidido todas as dúvidas e questionamentos acerca do tema, no entanto, restando clara a relevância que a hipoteca judiciária tem no direito processual brasileiro para prevenir as fraudes à execução, deve-se aprofundar sempre o assunto para que, em face de alguma omissão, invadam-se as literaturas mais específicas e detalhadas. Sua natureza jurídica de instituto processual, ligada à responsabilidade patrimonial, confia ao credor hipotecário direito de perseguir o bem onde quer que ele esteja, de forma a assegurar sua futura execução.

A hipoteca ingressou no direito brasileiro com o Direito das Ordenações e depois passou por diversas mudanças, com leis editadas e reeditadas que a moldaram ao sistema de registro imobiliário.

Por muito tempo, acreditava-se que, enquanto a hipoteca não fosse registrada, ela não poderia ter prova de existência. Em concepção ordinária, a hipoteca existe a despeito de não ser registrada, porém é ineficaz em relação a terceiros, já que, sem o devido registro, ela é apenas eficaz entre as partes, não se estendendo a terceiros. Conclui-se, com isso, que é o registro da hipoteca que a torna oponível *erga omnes*.

A hipoteca é um negócio jurídico celebrado entre as partes, com o intuito de assegurar um determinado bem a fim de garantir o crédito do credor, existindo uma responsabilidade patrimonial que torna a natureza da hipoteca de direito processual, pois permite que o Estado pratique atos de agressão patrimonial, para ocorrer a satisfação do crédito.

Também não se pode dizer que a hipoteca é um direito real, pois o bem devido é o dinheiro existente no negócio jurídico celebrado entre as partes, o que só dá ao credor hipotecário o direito de ter o bem assegurado para a satisfação do crédito. A propriedade concede ao seu titular os poderes de usar, gozar e dispor, e quando não presentes qualquer um deles, o direito real se torna limitado. Na hipoteca, não são exercidos nenhum desses elementos característicos do direito real, o que impede o exercício dos poderes sobre a coisa pelo credor hipotecário. Assim, a hipoteca não se enquadra no conceito e nem nas características essenciais do direito real, não possuindo natureza material.

Há três espécies de hipotecas, a convencional, que decorre da convenção entre as partes, a legal, que tem a característica de proteger certas pessoas listadas pela lei, e a judiciária cuja finalidade é garantir o cumprimento de obrigação pecuniária de decisão judicial.

A hipoteca judiciária, por possuir previsão legal no Código de Processo Civil e na Lei de Registros Públicos, decorre de uma decisão judicial. Trata-se de efeito anexo da decisão,

com o objetivo de prevenir fraudes à execução. Foi empregada pelos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015, nos códigos de 1939 e 1973, mas não se apresentava com muitos detalhes, não tinha direito de preferência e era apenas mais um artigo confuso empregado pela lei. Com o novo Código de Processo Civil em 2015, ocorreu uma grande reforma do artigo correspondente à hipoteca judiciária, que apresentou consideráveis modificações, solucionando omissões legais e deixando-a de forma mais compreensível no ordenamento jurídico.

Por ser um efeito secundário da decisão, sua natureza é de instituto processual por ser diretamente ligada à responsabilidade patrimonial, podendo o credor perseguir o bem para que ocorra a satisfação do crédito, visto que é um instrumento preventivo de alienação fraudulenta que possui a função de constrição judicial.

A lei elucida claramente, então, que essa hipoteca não depende de solicitação da parte ao juízo para que seja promovida, basta a parte interessada levar uma cópia da decisão até o registro de imóvel e registrar a hipoteca judiciária. Após esse registro, deve o credor informar ao juízo da causa que realizou o registro da hipoteca judiciária no prazo de 15 (quinze) dias, para que o juízo intime a outra parte devedora, dando ciência do ato, para que não ocorra uma constituição indevida. Sua duração se dá até que a execução seja extinta ou se ocorrer a prescrição.

Cada Estado possui um código de normas de serviços dos cartórios extrajudiciais e, por isso, cada Estado possui um procedimento específico para o registro da hipoteca judiciária. Seu registro se estende a outros ramos do direito, não se restringe ao direito processual civil e ao direito civil, podendo ser aplicadas, também, sentenças estrangeiras, sentença arbitral, sentença trabalhista, ação civil pública, honorários de sucumbência do advogado, decisões dos juizados especiais cíveis e nos casos de fraude de credores falenciais.

A hipoteca judiciária, com o CPC/2015, passou a ter o direito de preferência reconhecido por lei, o que passou a dar a hipoteca judiciária a garantia oponível *erga omnes*, para produzir seus efeitos em relação a terceiros, concedendo ao credor hipotecário uma proteção e uma precedência de receber seu crédito antes dos demais credores.

Como a hipoteca judiciária é uma constrição judicial, ela impõe a ineficácia do ato fraudulento praticado pelo devedor que tem a intenção de se livrar do bem a fim de se tornar insolvente e não realizar o pagamento do crédito.

Não resta dúvida de que a fraude tem o intuito de prejudicar o credor no decurso de uma contenda de cobrança. Foi exatamente com a intenção de prevenir essas fraudes, que o legislador criou meios para sua prevenção. As fraudes contra credores são a fraude pauliana e a fraude à execução. Esta consiste em fraude em relação à obrigação de pagar quantia, que lesa

o credor e é ultrajante à dignidade da Justiça, sendo reconhecida no próprio processo; aquela depende da insolvência e do concerto fraudulento, devendo ser reconhecido por uma sentença que decorrerá da ação pauliana, e determinará a ineficácia do ato fraudulento perante o credor.

Ambas as fraudes são previstas em lei, e o legislador, com o intuito de preveni-las, criou o protesto da decisão condenatória já transitada em julgado e as averbações nos registros públicos referentes a esses bens. O objetivo é de tornar público o conhecimento das constrições judiciais e impedir que o bem venha a ser alienado, dando maior publicidade e levando a conhecimento de terceiros que o bem possui restrições. Com isso, o ato fraudulento será ineficaz perante o credor.

Percorrendo, então, páginas inúmeras de textos e legislação, finaliza-se o exposto com a seguinte conclusão: a hipoteca judiciária garante o crédito ao credor nas decisões judiciais, sendo, quando registrada, uma pré-penhora, o que torna o bem constrito, dificultando, assim, o ato de alienação, e fazendo com que a publicidade impeça que o devedor aliene o bem constrito, conferindo ao credor o direito de perseguir o bem onde quer que esteja.

REFERÊNCIAS

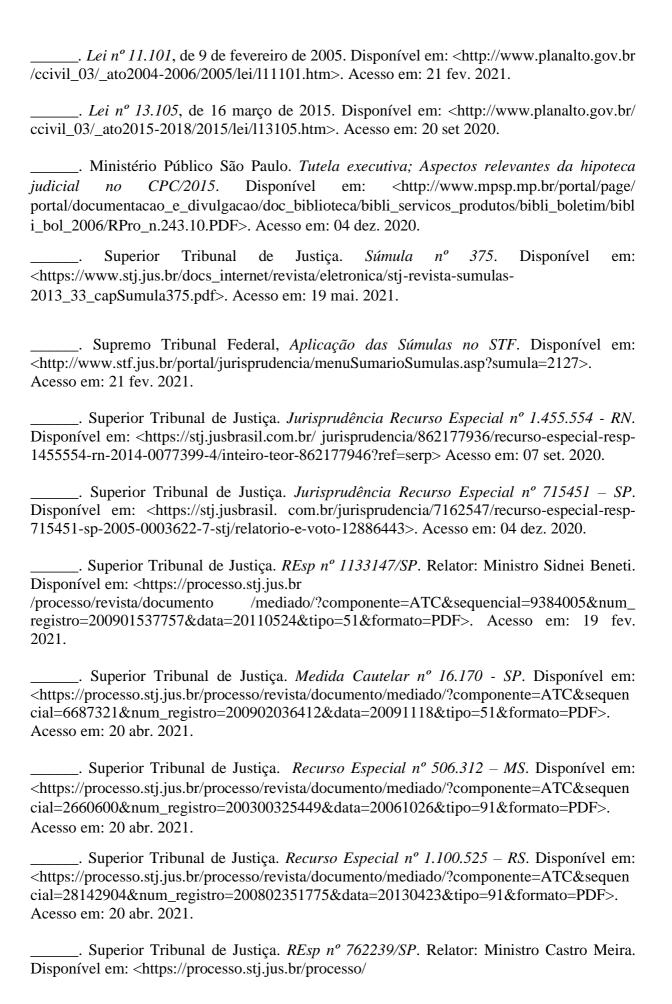
ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada:* exegese do código de processo civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

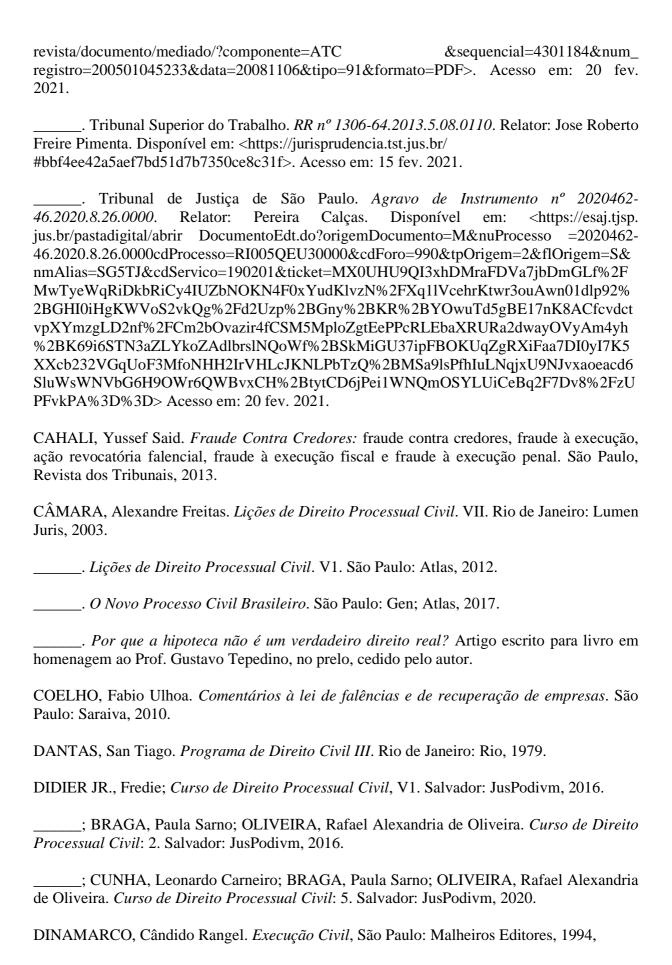
BRASIL. Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Código de Normas da

Corregedoria Geral da Justiça – Parte Extrajudicial. Disponível em:<http://www1.tjrj.jus.br /gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00038F49138D2A951732394F2DA8142EA 3EF11C407183528>. Acesso em: 20 fev. 2021. ____. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Normas de serviço Cartórios https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/ Extrajudiciais. Disponível em: FileFetch.ashx?codigo=122208>. Acesso em: 20 fev. 2021. _. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 28 set. 2020. ___. Enunciados do fórum permanente de processualistas civis. Disponível em: https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf. Acesso em: 04 dez. 2020. __. Enunciados da Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2021. _. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 28 set. 2020. __. *Lei nº* 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020. . Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/17565.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020. . Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/17652.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020. Lei de n^{o} 9.099, 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021. _. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/

ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.





_____. *Instituições de direito processual civil*, IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2019. FREEDICTIONARY. Hypotheke. Disponível em: https://pt.thefreedictionary.com/ hipoteca> Acesso em: 10 jul. 2020. FREIRE, Bruno. CPC e Reforma Processual Trabalhista: aproximação dos sistemas processuais. In: III CONGRESSO DO INSTITUTO CARIOCA DE PROCESSO CIVIL, 2020, Rio de Janeiro. O Direito Processual na Contemporaneidade. Disponível em: Acesso em: https://www.youtube.com/ watch?v=Xdm2QXQITQA&t=9725s>. Acesso em: 20 fev. 2021. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Leriane Drumond. Fraude à execução no CPC/2015: Algumas questões Registrais. Revista Jurídica, ano 63 – Junho 2015 – nº 452, p. 12. ; SERPA, Lucas Fernando Dummer. Coleção Repercussões do Novo CPC – Direito Civil. Hipoteca Judiciária: breves noções e sua roupagem segundo o novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2017. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. _____. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, V. IV, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2014. . Instituições de Direito Civil, I. Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2011, SCHREIBER, Anderson et al. Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2019. SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada. São Paulo: Saraiva, 2001. THEODORO JR. Humberto. Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. _. A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo. Revista Jurídica, Ano 48

TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*: Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

- Janeiro de 2001 - Nº 279.

_____; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil*: Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Hipoteca judiciária como efeito da sentença arbitral condenatória*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/paradoxo-corte-

hipoteca-judiciaria-efeito-sentenca-arbitral-condenatoria#:~:text=%22A%20hipoteca%20judici%C3%A1ria%2C%20prevista%20no,requisitos%2C%20n%C3%A3o%20previstos%20na%20lei.>. Acesso em: 15 fev. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016