2016 - 12 - 16

Revista de Processo
2016
REPRO VOL. 256 (JUNHO 2016)
TUTELA EXECUTIVA

Tutela Executiva

1. Averbação premonitória no novo código de processo civil

Premonitory registration process in the new civil procedure code

(Autores)

LEONARDO BALDISSERA

Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw. Advogado. baldisseraleo@gmail.com

PAULO ROBERTO PEGORARO JR.

Doutorando em Direito na PUC-RS. Mestre em Direito pela Unipar/PR. Professor de Direito Processual Civil na Univel/PR. Advogado. pegorarojr@terra.com.br

Sumário:

1 INTRODUÇÃO

2 AS ORIGENS E O PROCEDIMENTO DA AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA

3 EFEITOS DA AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA: PUBLICIDADE DO ATO, SEGURANÇA JURÍDICA E PRESUNÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

4 A EXIGÊNCIA DA ADMISSÃO DA EXECUÇÃO PELO JUIZ

5 A AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA NA EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL

6 AVERBAÇÃO PELO REGIME DA Lei 13.097/2015

7 A CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

8 CONCLUSÃO

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Área do Direito: Processual

Resumo:

A averbação premonitória da execução restou mantida por força do art. 828 do NCPC, prestigiando a publicidade da medida e assegurando conhecimento de terceiros, de forma que a transferência de bens posterior ao ato possa ser tida como presumivelmente em fraude. O instrumento já vinha contemplado no art. 615-A do CPC/1973, mas dadas as sutis alterações sofridas o artigo se propõe a dimensionar e aprofundar os aspectos envolvidos na mudança, sobretudo pela exigência atual de que a averbação se dê pelo recebimento da execução, e não mais apenas pela mera distribuição.

Abstract:

The premonitory registration of execution remains held under article 828 of the New Civil Procedure Code, honoring the advertising of the measure and ensuring the knowledge of third parties, so that the transfer of assets subsequent to the act can be held as presumably in fraud. The instrument was already contemplated in article 615-A CPC / 1973 but, given the subtle alterations suffered, the article aims to size and deepen the aspects involved in the change, especially by the current requirement that the registration shall only occur by the receipt of the execution, and no longer just by mere distribution.

Palavra Chave: Direito processual civil - Execução - Averbação - Premonitória - Registro.
Keywords: Civil procedural law - Execution - Legal registration - Premonitory - Registration.

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), com vigência a partir de 16.03.2016, instituiu em seu art. 828 a possibilidade de averbação do processo executivo no registro de imóveis, de veículos, ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade, presumindo em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuadas após a averbação. Apesar da medida não ser novel no âmbito processual, eis que a averbação premonitória já era prevista no art. 615-A do revogado Código de Processo Civil de 1973 (introduzido pela Lei 11.382/2006), o novo Código trouxe consigo sutis alterações na sistemática do procedimento, a justificar sua análise pormenorizada.

A busca pela efetividade da tutela executiva, a busca pela segurança jurídica do exequente e terceiros interessados e a criação de novo marco temporal para caracterização da fraude à execução foram os pilares que propiciaram o surgimento do instituto da averbação premonitória, ainda pela Lei 11.382/2006. Trata-se de importante ferramenta para caracterização da fraude, posto que possibilita mecanismo suficientemente ágil e idôneo para que o credor assegure e garanta a execução e, sobretudo, afaste a alegação do terceiro de boa-fé no caso de venda fraudulenta.

A clara motivação do mecanismo - efetividade e acautelamento do processo executivo - restou assegurada pelo novo Código de Processo Civil, embora sob alguns aspectos pontuais seja importante a análise crítica das alterações, que podem implicar eventual retrocesso.

2. AS ORIGENS E O PROCEDIMENTO DA AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA

O propósito de aparelhar o mecanismo judiciário com ferramentas legítimas e adequadas para diminuir as dificuldades burocráticas existentes nos trâmites processuais foi um dos escopos da EC 45/2004, tanto pela garantia da razoável duração do processo, quanto pelo contexto geral de maximizar o êxito das medidas judiciais. Seguindo esta linha de raciocínio, o legislador editou a Lei 11.382/2006, que introduziu no CPC/1973, além das substanciais modificações no processo de execução, o art. 615-A, permitindo a averbação premonitória da medida executiva nos registros dos bens dos devedores.

Como leciona Araken de Assis,[1] o art. 615-A do CPC/1973 possibilitou ao autor da execução, por sua conta e risco, averbar o ajuizamento da ação executória em vários registros públicos, de acordo com a natureza do bem; como, por exemplo, sendo um bem imóvel, na respectiva matrícula junto ao Cartório de Registro de Imóveis, sendo um veículo, no registro do bem junto ao respectivo Departamento de Trânsito, caracterizando "um verdadeiro direito informativo outorgado ao exequente"[2] e aumentando a participação e responsabilidade das partes no destino da execução judicial.[3]

A averbação premonitória da ação executiva promoveu "o realinhamento das partes como autênticos protagonistas e não mais como meros coadjuvantes do processo executivo".[4] Isso se deu pelo próprio *modus operandi* que a averbação acautelatória estabeleceu, eis que de iniciativa e conclusão exclusiva da parte, ou seja, sem a ingerência operacional e decisória do Poder Judiciário. Para Luiz Rodrigues Wambier,[5] é uma consequência direta da simples pendência da ação executiva, pois "o exequente poderá no ato da distribuição,

obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto".

Não se está a dizer que o procedimento se desenvolvia longe dos olhos da jurisdição, até mesmo porque o credor tinha o dever de comunicar ao juízo as averbações realizadas, no prazo de 10 dias contados da consolidação do ato, consoante o § 1.º do art. 615-A do CPC/1973, bem como responderia pela realização de averbações manifestamente indevidas, indenizando a parte contrária, nos termos do § 2.º do art. 18, processando-se o incidente em autos apartados.

O procedimento em si não parece ser de grande complexidade, tendo regulamentação expressa na legislação processual, desde seu início, passando pela solicitação da certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor atribuído à causa, inclusive com a numeração do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, perante a Receita Federal,[6] até a conclusão do ato junto ao álbum imobiliário, ou demais registros especiais, encerrando-se com a necessária comunicação ao juízo perante o qual tramita a execução.

A averbação acautelatória pode se dar tanto em relação aos bens imóveis, quanto os bens móveis do executado, tais como veículos, ações, cotas sociais, dentre outros, desde que passíveis de registros administrativos e sujeitos à penhora ou arresto, de forma que o rol constante do *caput* do art. 828 do NCPC é meramente exemplificativo. Realizada a averbação acautelatória, o exequente tem ainda a obrigação de comunicar o Juízo em que tramita a execução, no prazo de 10 dias de sua concretização (art. 828, § 1.º, do CPC/2015), de modo que a averbação em si e sua consequente comunicação assumem interesse público, e não apenas ao credor,[7] possibilitando tanto o controle quanto o excesso, quanto eventual responsabilização do exequente (art. 828, § 5.º, do CPC/2015).

Apesar de inexistir sanção legal para a não ocorrência da comunicação, ou atraso dessa, Marcelo Guimarães Rodrigues[8] entende que "poderá o exequente responder para com o executado por eventuais prejuízos, com potencial, em tese, de caracterizar procedimento atentatório aos deveres de lealdade e boa-fé processuais, sujeitando-o às respectivas penalidades". Ainda assim, vinha a jurisprudência se mostrando tímida quanto à aplicabilidade das sanções processuais ao suposto litigante de má-fé, principalmente pela difícil caracterização do elemento volitivo (dolo). Seria difícil, igualmente, encontrar uma decorrência direta e peremptória para tal desleixo do exequente, o que se sabe por certo é que a execução não poderia ser afetada, também não ressoaria sensato pretender que a averbação realizada perdesse sua validade simplesmente pelo fato do credor atrasar a informação da averbação ou não realizá-la.

Situação oposta é a prática de averbação manifestamente indevida ou que persista a despeito da realização da penhora em outros bens, posto que o § 5.º do art. 828 impõe o dever de indenizar a parte contrária, processando-se incidentalmente, em autos apartados, embora vinha sendo imprescindível a prova da existência de algum prejuízo em face do executado, que teve realizada contra si alguma averbação indevida: "A averbação alegadamente indevida da existência de demanda executiva em registro de imóveis só gera dever de indenizar (art. 615-A, § 4.º, do CPC/1973) se ficar cabalmente comprovada a existência de algum prejuízo".[9]

Levada a efeito a averbação, o exequente adquire a presunção inerente ao registro público, passível de ser oponível a terceiros, em relação ao risco de se fazer negócio com o bem, em razão da "ameaça" doravante apresentada no registro. Ou seja, é espécie do gênero inscrição declarativa, com cunho cautelar, que geralmente aparece como incidente processual.[10]

A eficácia declarativa da averbação também se sustenta pela ideia de que a premonição dos riscos recepcionados no registro do bem é meramente preventiva. Em outras palavras, a averbação acautelatória é provisória, cedo ou tarde transformar-se-á em inscrição definitiva (penhora) ou será cancelada.

Conquanto se possa definir o instituto da averbação premonitória como ato simplesmente declaratório, apto

somente a transmitir ciência da existência da execução em face do devedor - proprietário do bem -, não constituindo, extinguindo ou até mesmo modificando qualquer direito, há de se lembrar que a averbação apresenta duas finalidades jurídicas constitutivas de direitos: prova inequívoca de fraude à execução na hipótese de ocorrer alienação do bem[11] pelo devedor e a publicidade transmitida a futuros adquirentes de boa-fé.[12]

Traçada uma primeira análise a respeito do surgimento, conceito e procedimento do instituto da averbação acautelatória da execução nos registros dos bens dos devedores, serão analisados os efeitos práticos da medida, de modo a se compreender as alterações produzidas pelo novo Código de Processo Civil.

3. EFEITOS DA AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA: PUBLICIDADE DO ATO, SEGURANÇA JURÍDICA E PRESUNÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

A averbação da execução no registro de bens do devedor se encontra vinculada a um ato futuro de constrição judicial, que pode às vezes não se concretizar, em razão de inúmeros fatores emergentes da relação credor-devedor. No entanto, ainda que a futura penhora não se realize, não se pode dizer que a averbação premonitória não alcançou sua finalidade precípua, qual seja, propiciar publicidade sobre a existência da execução e da concreta possibilidade do bem em análise vir a ser penhorado.[13]

Com a realização da averbação acautelatória antecipam-se os efeitos de publicidade que seriam alcançados somente quando da realização do registro da penhora do bem em questão. Em outros termos, existe uma nítida intenção de publicar a demanda executiva para torná-la ainda mais efetiva e autorrealizável. Afrânio de Carvalho,[14] ao comentar sobre a publicidade da averbação premonitória, ensina que "serve para divulgar riscos pendentes sobre direitos inscritos, inclusive o de iminente constituição de gravame, para o fim de chamar a atenção de terceiros acerca de pretensões adversas àqueles, pondo-os de sobreaviso quanto ao imóvel atingido por elas".

Ademais, a publicidade oriunda da averbação acautelatória acaba por ultrapassar a relação jurídica processual existente entre credor e devedor, pois gera efeitos processuais e materiais oponíveis *erga omnes*. Neste sentido, também para Marcelo Guimarães Rodrigues, "consumada a averbação, forra-se o credor da presunção inerente ao registro público, oponível a terceiros no tocante a premonição do risco de fazer negócio com o imóvel, dada a ameaça à titularidade constante do registro".[15]

A certidão acautelatória e sua respectiva averbação nada mais são que ato que previne, avisa, acautela (como o próprio nome já diz) o terceiro de boa-fé sobre o risco do bem em questão ser objeto de constrição judicial, propiciando ao exequente a possibilidade de se antecipar a uma futura e eventual dilapidação patrimonial do devedor, o que acabaria por deturpar o resultado útil da execução.

O ato de prevenir terceiros adquirentes representa também inerente segurança jurídica ao credor da execução, que seguro da concretização da medida averbatória pode conduzir a execução de forma mais efetiva, respeitando evidentemente a ordem legal de penhora. A intranquilidade de não se saber sobre o resultado efetivo da ação executiva também restará mitigada (ainda que não plenamente) pela conclusão da averbação da ação no registro dos bens do devedor, pois transmite razoável possibilidade daquele bem vir a saldar o débito exequendo. Marcelo Augusto Santana de Melo entende que "a averbação premonitória é o instrumento processual-registrário adequado para outorgar maior segurança ao mercado imobiliário que há anos vem sofrendo com a fraude de execução".[16]

A finalidade de antecipar os efeitos de publicidade que se obtinham exclusivamente em razão do registro da penhora alterou, por conseguinte, o momento processual apto a configurar a fraude à execução, que passou a ser a data da averbação da ação executória, aliada à constatação de insolvência do devedor. De forma mais enfática, Araken de Assis, ainda na vigência do Código de Processo Civil revogado, entendia que a averbação produz eficácia absoluta quanto à fraude à execução: "O art. 615-A antecipa o efeito que, em princípio, decorreria da penhora averbada, conforme art. 659, § 4.º. Para a finalidade de caracterizar fraude contra a execução, por conseguinte, equiparou-se a averbação da execução à averbação da penhora. No entanto, nenhum outro efeito inerente à penhora, a exemplo da preferência (art. 612), fica também antecipado por

intermédio dessa medida. À semelhança do sucedido nas demais hipóteses de fraude, ademais, nenhum impedimento concreto erige-se à realização do negócio dispositivo em si, mas ele se apresentará ineficaz perante o exequente que efetivou a averbação".[17]

A averbação premonitória não interfere na ingerência patrimonial do devedor, até mesmo porque o mesmo não se encontrará proibido de alienar o bem em que consta a averbação. No entanto, eventual venda do bem será ineficaz em face da execução, vide § 4.º, do art. 828. Humberto Theodoro Jr. também explica que "os bens afetados pela averbação não poderão ser livremente alienados pelo devedor. Não que ele perca o poder de dispor (...). Trata-se de instituir um mecanismo de ineficácia relativa".[18]

Bem verdade que a cautela e receio oriundos da averbação premonitória podem afastar eventuais interessados no bem, dificultando em muito sua alienação. Mas, caso a mesma ocorra, e constatando-se também a hipótese de insolvência patrimonial do devedor, a alienação não produzirá efeito jurídico válido em face do exequente.

Ainda é possível, obviamente, que a caracterização da fraude à execução se dê sem que tenha o exequente averbado a propositura da demanda em qualquer registro de bens,[19] mas aí é imprescindível a citação do executado (art. 792 do CPC/2015).

Ainda que a averbação premonitória possa impingir receio em eventuais interessados na compra do bem, subsiste a ideia de que inexiste prejuízo para o devedor a manutenção da averbação premonitória nos registros dos seus bens enquanto não formalizada a penhora. E o argumento é simples: a averbação acautelatória não é impeditiva à alienação do bem! O ato visa não só publicar a demanda, mas também operar eficácia contra terceiros, representando uma ilação criada pela norma legal para inverter o ônus processual da prova em desfavor daquele que pretende informar o registro da averbação.[20]

A pessoa que adquirir um bem em relação ao qual já encontre averbada a medida executória terá contra si o ônus de comprovar que não detinha ciência do processo contra o vendedor/devedor. Presumir-se-á em fraude à execução aquela alienação efetuada após a averbação acautelatória. Percebe-se, portanto, que a averbação premonitória afasta a regra geral da caracterização da fraude à execução que demanda prévia citação do devedor (art. 792, II, do CPC/2015), e principalmente, impõe o ônus da prova da boa-fé ao adquirente, nos moldes da Súmula 375 do STJ.[21] Importante ressaltar que a averbação acautelatória não caracteriza, por si só, a fraude à execução, dependendo ainda da constatação da insolvência do executado. João Pedro Lamana Paiva explica: "Digamos que são feitas cinco averbações em cinco bens do devedor, para garantia do credor. Porém, o devedor pode ter muitos outros imóveis. Desta forma, a alienação de bem em que consta a averbação pode ensejar fraude à execução tão somente quando o devedor não tiver patrimônio para respaldar seu débito".[22]

4. A EXIGÊNCIA DA ADMISSÃO DA EXECUÇÃO PELO JUIZ

O *caput* do art. 828 do CPC/2015 alude à obtenção da certidão de que "a execução foi admitida pelo juiz", de modo que se mostra a necessária e prévia manifestação judicial. Se antes a averbação da execução nada mais era do que "ato unilateral da parte e que não exige qualquer intervenção do Juiz, bastando apenas que ela solicite ao Cartório e lá obtenha garantia para seu direito de credora",[23] agora se impõe a intervenção cogente do Judiciário na medida em que somente a execução admitida é que enseja a averbação.

Assim, já não basta a pura e simples "distribuição" da execução, tal como se dava no âmbito do revogado CPC/1973, mas também a admissão da execução, ou seja, a decisão que recebe e determina o processamento do feito. Há um intervalo temporal significativo entre a distribuição e a admissão da execução, de forma que neste aspecto parece que se tratou de retrocesso a modificação introduzida pelo novo CPC, eis que dias ou semanas podem se passar entre uma e outra.

A inclusão da necessidade de recebimento da execução pelo juiz aparenta ter fundamento de cautela e prudência, evitando averbações premonitórias oriundas de execuções infundadas, propostas em face de parte

notoriamente ilegítima ou com base em títulos prescritos. Ainda assim, o parâmetro preventivo adotado possibilita um interregno de tempo vital à efetividade da medida executiva. De outro lado, o abuso manifesto da averbação impõe o dever de indenizar da parte, de forma que a sanção segue presente.

Para José Miguel Garcia Medina, entretanto, referida modificação na disposição processual civil não parece ser de grande implicação, fazendo menção à previsão legal existente no art. 54 da Lei 13.097/2015,[24] esclarece: "Interessa-nos, particularmente, a hipótese referida no art. 54, *caput* e inc. II da Lei 13.097/2015, segundo a qual 'os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes', se não averbada na matrícula do imóvel o 'ajuizamento de ação de execução'. Trata-se de situação que, embora restrita ao registro de imóveis, ajustava-se à regra outrora prevista no art. 615-A do CPC/1973, para o qual também bastava o ajuizamento da execução, para o fim de se realizar a averbação".[25]

Conquanto Medina sustente a disposição do § 4.º do art. 1.046 do CPC/2015[26] para justificar a aplicabilidade do art. 54 *caput* e inc. II da Lei 13.097/2015 no âmbito procedimental da averbação premonitória do art. 828 do CPC/2015 (o art. 54 da Lei 13.097/2015 admite a averbação do ajuizamento da execução e o art. 828 do CPC/2015 admite a averbação da admissão da execução), o argumento poderia ser diverso. É que a aplicabilidade da Lei 13.097/2015 estaria restrita aos registros das matrículas de imóveis e não de outros bens também sujeitos à penhora, arresto ou indisponibilidade (art. 828, *caput*, do CPC/2015).

Ademais, a nova legislação processual apresenta linhas mestras e institutos fundamentais da matéria, não estando em conflito, sequer temporal, com a aventada legislação específica (Lei 13.097/2015), porquanto a Lei 13.097/2015 foi pensada de acordo com o CPC/1973, fazendo expressa menção às suas disposições, não considerando a alteração legislativa ora debatida. Assim, tem-se que a legislação processual demonstra inequívoca intenção de modificar a disposição anterior e seu respectivo procedimento, passando a exigir a admissibilidade da execução (em vez da simples distribuição) para sua averbação.

Há ainda de se considerar que o art. 799, IX, do NCPC estabeleceu que incumbe ao exequente "proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros", o que, aparentemente, estaria em conflito com a disposição do art. 828, *caput*, do CPC/2015 e faria prevalecer o entendimento que sustenta a possibilidade de averbação da certidão da propositura da execução, e não apenas de seu recebimento.

Questiona-se, em consequência, se o exequente deverá realizar duas averbações subsequentes para se adequar ao novo procedimento instituído? A primeira, nos moldes do art. 799, IX, ou seja, da propositura da execução e a segunda, nos moldes do art. 828, *caput*, ou seja, da admissão pelo juiz da execução? Para Ruy Zoch Rodrigues tal modo de agir não seria necessário, pois "a prevenção se dá pela publicidade",[27] não importando se da publicidade da propositura da ação ou de sua admissão, eis que em ambos os casos os terceiros interessados teriam plena ciência da possibilidade do bem em questão vir a ser alienado no pleito executivo: "Nas linhas gerais do NCPC, ao objetivo geral da publicidade agregam-se a desburocratização e a agilidade. Por isso, não faz sentido distinguir entre uma ou outras das providências registrais".

Ainda que o novo CPC apresente diferenciação de termos para a mesma situação (averbação premonitória, arts. 799, IX, e 828, *caput*), soa-se razoável sustentar a aplicabilidade da alteração prevista no dispositivo que contempla todo o "rito" da averbação premonitória (828, *caput*, do CPC/2015), o qual também foi expressamente mencionado na disposição do art. 792 da nova legislação processual, que considera (não mais presume) fraude à execução a alienação ou oneração do bem, quando tiver sido averbada no registro desse, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828.

Assim, razão outra não haveria para modificar a antiga disposição legal que não fosse a expressa intenção de alterar o modo operacional da averbação. E, sendo este o intento do legislador, a busca por interpretações diversas, ainda que tendentes à celeridade da medida, violaria a *mens legis* pretendida e intensamente

debatida pelo parlamento.

Pela leitura do novo dispositivo legal, consta-se também que o § 2.º do art. 828 do CPC/2015 estabeleceu que "formalizada a penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados". A alteração do dispositivo trouxe ao exequente a responsabilidade primeira de providenciar o cancelamento das averbações excessivas, deixando ao Judiciário somente a incumbência remanescente desse encargo, eis que "o juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo" (§ 3.º do art. 828 do CPC/2015).

Mais uma vez prevaleceu a ideia do pioneirismo da parte credora nas medidas executivas, em especial na averbação acautelatória, pois ainda que houvesse previsão legal do cancelamento das averbações pendentes, quando formalizada a penhora, mediante determinação do Juízo (§ 2.º do art. 615-A do CPC/1973), o Legislador, agora, atribuiu ao exequente tal ônus, inclusive, prevendo expressamente sanção no caso de que não se dê o cancelamento das averbações no prazo assinalado: "O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2.º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados" (§ 5.º do art. 828 do CPC/2015).

Ainda que possa a nova previsão esbarrar no posicionamento jurisprudencial de que o dever de indenizar exige a prova efetiva de algum prejuízo (dano), a intenção de repassar tal encargo ao exequente, bem como alertá-lo sobre a possível sanção pelo seu descumprimento, poderá tornar o ato mais prático, livrando o Judiciário de mais uma medida que pode ser plenamente realizada pelas partes interessadas.

5. A AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA NA EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL

Embora a previsão do art. 828 do CPC aluda apenas à admissão de execução como suscetível de averbação, o que parece dar conta apenas da execução de título extrajudicial (art. 784 do CPC/2015), mostra-se plenamente admissível a averbação de requerimento de cumprimento de sentença condenatória e dos demais títulos executivos judiciais (art. 515 do CPC/2015), por aplicação do art. 513 do CPC/2015, eis que em ambas o patrimônio do devedor responde igualmente pela satisfação do exequente. Luiz Guilherme Marinoni et al., aliás, vai além, admitindo que "a compreensão da ação como direito fundamental à efetiva tutela do direito impõe que a possibilidade de averbação da petição inicial no registro competente se estenda para toda e qualquer demanda capaz de reduzir o demandado ao estado de insolvência",[28] ao fundamento de que não há possibilidade de execução frutífera sem que se mantenha íntegro o patrimônio do executado, e que o próprio art. 828, ao possibilitar a averbação à vista da propositura de arresto ou indisponibilidade, autoriza a interpretação.

6. AVERBAÇÃO PELO REGIME DA Lei 13.097/2015

A averbação premonitória pode se dar também pelo regime instituído pelo art. 54, II, da Lei 13.097/2015, valendo apenas para fins do registro de imóveis, bastando, neste caso, o ajuizamento de "ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença", podendo ser realizada igualmente antes da citação e mesmo da prolação de decisão do juiz sobre a admissibilidade da execução.

Para José Miguel Garcia Medina, "coexistem as disposições previstas no art. 54 da Lei 13.097/2015 e as contidas no CPC/2015, em especial os arts. 792 e 828 do CPC/2015, pois, embora digam despeito a situações similares, não são idênticas".[29] Trata-se de situação que, embora restrita ao registro de imóveis, ajusta-se à regra outrora prevista no art. 615-A do CPC/1973, para o qual também bastava o ajuizamento da execução, para fins de realizar a averbação.

7. A CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

Para além da publicidade da admissão da execução, a averbação premonitória induz ainda configuração da

fraude à execução no caso de alienação ou oneração de bens efetuada após sua concretização (art. 792, II, do CPC/2015), que é ineficaz relativamente ao exequente, dispensando não apenas a citação do executado para caracterização da litispendência, mas também a ocorrência do *consilium fraudis*, bastando a ocorrência objetiva posta em lei[30] (vide Súmula 375, STJ).

Diferentemente do que se passa na fraude contra credores (art. 158 do CC/2002), cujo ato é passível de anulação, a alienação ou oneração em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente, de modo que aí se identifica importante distinção entre os institutos: "Diferença marcante entre a fraude contra credores e fraude de execução situa-se na categoria do interesse violado com a prática do ato fraudulento. Com efeito, a primeira tem por violado interesse de natureza privada, qual seja o interesse privado do credor. De sua vez, na fraude de execução o interesse infringido é o da própria atividade jurisdicional, ou seja, macula-se o prestígio da própria jurisdição ou do Estado-Juiz".[31]

Não se descarta, ainda, a incidência do crime tipificado pelo art. 179 do CP, que se passa quando alguém "fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas".

Para configuração da fraude à execução, assim, é necessária a conjugação de dois fatos: a averbação e a penhora, que confirma o efeito de considerar fraudulenta a alienação ou oneração do bem desde o momento em que tiver sido concretizada a averbação. Caso a penhora incida em bem diverso, a averbação deverá ser cancelada, e eventual caracterização da fraude dependerá das demais hipóteses do art. 792 do CPC/2015.

Seja como for, o terceiro adquirente deverá ser intimado para, se quiser, opor embargos de terceiro no prazo de 15 dias, antes da declaração da fraude pelo juiz (art. 792, § 4.º, do CPC/2015), em homenagem ao contraditório e à proibição da decisão surpresa (art. 10 do CPC/2015).

8. CONCLUSÃO

A averbação premonitória instituída pelo art. 828 do CPC/2015 exige a admissibilidade da execução pelo juiz, podendo ser feita antes mesmo da citação do executado. Admite-se, ainda, que o registro se dê pelo regime do art. 54, II, da Lei 13.097/2015, caso em que basta o ajuizamento da execução ou do cumprimento de sentença. A averbação pode se dar tanto nas execuções de títulos extrajudiciais quanto de títulos judiciais. O exequente deverá comunicar a averbação no prazo de 10 dias, e no mesmo prazo providenciar o cancelamento das averbações incidentes em bens que não tenham sido penhorados. A presunção da fraude à execução, no caso da alienação ou oneração de bens efetuada pelo executado após a averbação, independe da prova da intenção de fraudar, sendo tido como ineficaz em relação ao exequente, mas apenas quanto aos bens efetivamente penhorados; caberá, ainda, a intimação do terceiro para oposição de embargos antes da declaração da ineficácia. Por fim, o exequente que promover averbação indevida ou que não cancelar aquelas relativamente aos bens que não tenham sido penhorados, ficará obrigado a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que tiver causado.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. (coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

CARVALHO, Afrânio. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CHICUTA, Kioitsi. A averbação do ajuizamento da execução no registro de imóveis. Reflexos da alteração do Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 63. p. 264-272. São Paulo: Ed.

RT, jul.-dez. 2007.

GARCIA, Ana Paula Jardim Tehada. Averbação premonitória à luz da Súmula 375 do STJ. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 74. p. 291-340. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____. *Execução civil - Princípios fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____; ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Código Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. Averbação premonitória introduzida pela Lei 11.382/2006. *Boletim Eletrônico IRIB*. n. 2.865. ano VII. São Paulo, 9 mar. 2007.

PAIVA, João Pedro Lamana. A fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória à luz das inovações trazidas pelas Leis 11.382/2006 e 11.419/2006. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 64. p. 155-162. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. As inovações da Lei 11.382/2006 e seus reflexos no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 63. p. 273-286. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007.

RODRIGUES, Ruy Zoch. *Novo Código de Processo Civil anotado*. *OAB*. Porto Alegre: OAB, 2015. p. 570. Disponível em: [www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf]. Acesso em: 05.01.2016.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil - Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2.

Pesquisas do Editorial

- AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA À LUZ DA SÚMULA 375 DO STJ, de Ana Paula Jardim Tehada Garcia - RDI 74/2013/291
- O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - PROCEDIMENTO NA FRAUDE À EXECUÇÃO, de Gelson Amaro de Souza - RePro 249/2015/203
- AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA. AÇÃO DE CONHECIMENTO. A AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA DEVE SER UTILIZADA TÃO-SOMENTE PARA OS CASOS DE AÇÕES EXECUTIVAS NOS TERMOS DO ART. 615-A DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA PARA A AVERBAÇÃO EM AÇÕES DE CONHECIMENTO., de Gustavo Henrique Bretas Marzagão - RDI 64/2008/327

© edição e distribuição da EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.