

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
FACULDADE DE DIREITO**

JULIANO FRASSETTO VELHO

**FRAUDE À EXECUÇÃO NO CPC/2015:
atribuição do ônus da prova ao terceiro adquirente**

Florianópolis (SC)

2015

JULIANO FRASSETTO VELHO

**FRAUDE À EXECUÇÃO NO CPC/2015:
atribuição do ônus da prova ao terceiro adquirente**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc. Marcus Vinícius Motter Borges

Coorientadora: Bela. Luiza Silva Rodrigues

Florianópolis (SC)

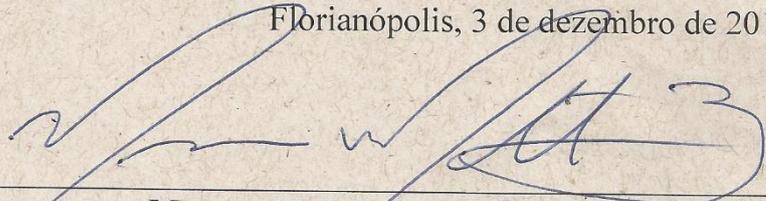
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

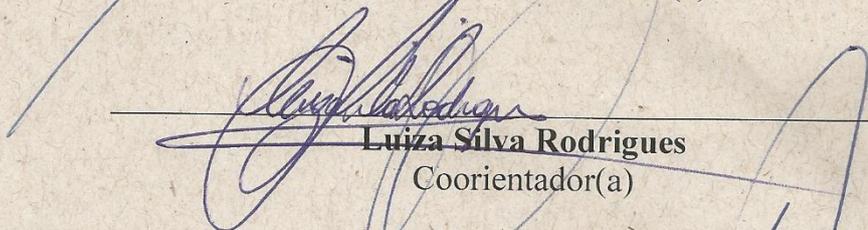
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Fraude à Execução no CPC/2015: Atribuição do ônus da prova ao terceiro adquirente.**", elaborado pelo acadêmico **Juliano Frassetto Velho**, defendido em **03/12/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

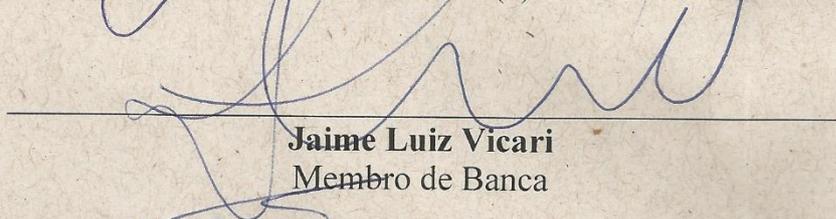
Florianópolis, 3 de dezembro de 2015.



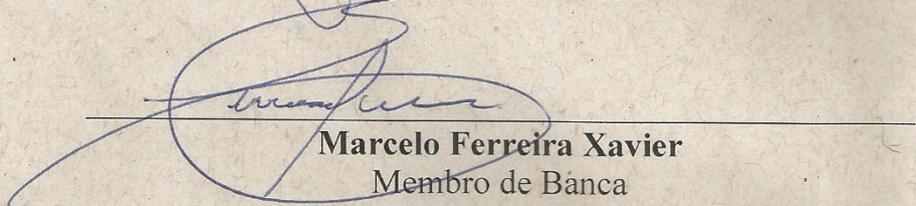
Marcus Vinícius Motter Borges
Professor(a) Orientador(a)



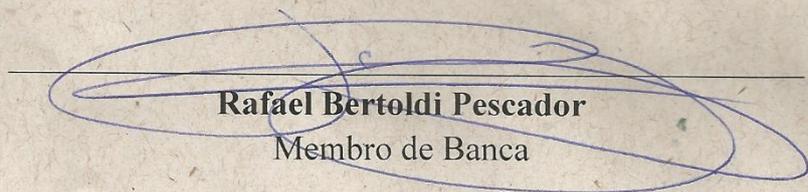
Luiza Silva Rodrigues
Coorientador(a)



Jaime Luiz Vicari
Membro de Banca



Marcelo Ferreira Xavier
Membro de Banca



Rafael Bertoldi Pescador
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Juliano Frassetto Velho**

RG: **5050907**

CPF: **08464145977**

Matrícula: **11200064**

Título do TCC: **Fraude à Execução no CPC/2015: Atribuição do ônus da prova ao terceiro adquirente.**

Orientador(a): **Marcus Vinicius Motter Borges**

Eu, **Juliano Frassetto Velho**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2015.



Juliano Frassetto Velho

À minha família: ÂNGELA, EVERTON,
MARIANA e MEG.

Ao meu mestre e exemplo: ALCEU HERMÍNIO
FRASSETTO.

“A alma de um gaúcho se faz vida quando plantada na terra; Anjos pilchados clamam por justiça, mesmo que seja num brado funeral de guerra”.

Régis Marques.

RESUMO

O escopo do presente trabalho é o estudo da distribuição do ônus de provar a boa ou a má-fé do terceiro adquirente de bem em fraude à execução, a partir da nova perspectiva trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, utiliza-se o método de procedimento monográfico. O método de abordagem adotado é o dedutivo e a técnica de documentação é a indireta, feita por meio de pesquisa bibliográfica e legislativa. O estudo é estruturado em três partes: (i) o ônus da prova; (ii) a fraude na execução; e (iii) a distribuição do ônus da prova na fraude à execução. As duas primeiras partes, por serem essencialmente teóricas, servem como alicerce para a construção da terceira. No primeiro assunto, realiza-se a apresentação do instituto do ônus da prova, mediante sua conceituação, suas dimensões (objetiva e subjetiva) e, também, das suas diferentes formas de distribuição (legal, convencional e dinâmica). No segundo assunto, analisa-se o instituto da fraude à execução: parte-se da identificação do princípio da responsabilidade patrimonial e dos pontos dissonantes entre a fraude à execução e a fraude contra credores; segue-se com os requisitos da fraude à execução: litispendência e frustração dos meios executórios; e conclui-se com a elucidação das tipificações da fraude à execução. Com isso, na terceira e última parte do estudo, apresenta-se as diferentes correntes que permeiam o tema, por meio de um breve percurso histórico da legislação e da jurisprudência brasileira até o CPC/2015. E, ao final, após discorrer-se sobre todas as nuances que envolvem a problemática da distribuição do ônus de provar a boa ou a má-fé do terceiro adquirente, apresenta-se uma solução para a controvérsia, de modo a retomar a efetividade do instituto da fraude à execução, conferindo segurança jurídica ao exequente e ao terceiro adquirente de boa-fé.

Palavras-Chave: Fraude à execução. Distribuição do ônus da prova. Boa-fé do terceiro adquirente. Código de Processo Civil de 2015.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ÔNUS DA PROVA	12
1.1. O conceito e as dimensões do ônus da prova.....	12
1.2. A distribuição legal do ônus da prova (estática).....	16
<i>1.2.1. Aspectos introdutórios.....</i>	<i>16</i>
<i>1.2.2. A “inversão ope legis” do ônus da prova</i>	<i>19</i>
<i>1.2.3. A “prova diabólica” (probatio diabolica ou devil’s proof).....</i>	<i>20</i>
<i>1.2.4. O ônus da prova de fato negativo.....</i>	<i>22</i>
1.3. A distribuição convencional do ônus da prova (dinâmica).....	23
1.4. A distribuição do ônus da prova feita pelo juiz (dinâmica).....	25
<i>1.4.1. Aspectos introdutórios.....</i>	<i>25</i>
<i>1.4.2. Pressupostos formais gerais.....</i>	<i>27</i>
<i>1.4.3. A regra geral de distribuição do ônus da prova feita pelo juiz.....</i>	<i>28</i>
2. FRAUDE NA EXECUÇÃO	30
2.1. Fraude à execução e a responsabilidade patrimonial.....	30
2.2. Requisitos da fraude contra a execução	35
<i>2.2.1. Litispendência como elemento da fraude</i>	<i>35</i>
<i>2.2.2. Frustração do meio executório como elemento da fraude</i>	<i>36</i>
2.3. Tipicidade da fraude contra a execução	37
<i>2.3.1. Pendência de ação fundada em direito real ou pretensão reipersecutória</i>	<i>38</i>
<i>2.3.2. Pendência de processo de execução averbado no registro do bem</i>	<i>40</i>
<i>2.3.3. Averbação de hipoteca judiciária ou outro ato de constrição no registro do bem.....</i>	<i>43</i>
<i>2.3.4. Pendência de ação capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência.....</i>	<i>45</i>
2.4. Procedimento e efeitos da declaração de fraude à execução	46
3. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA FRAUDE À EXECUÇÃO	49
3.1. A Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça.....	49
<i>3.1.1. Histórico de sua elaboração.....</i>	<i>49</i>
<i>3.1.2. Aplicação e diferentes interpretações</i>	<i>54</i>
<i>3.1.3. Recurso especial repetitivo nº 956.943</i>	<i>59</i>
3.2. Lei 13.097, art. 54, IV e parágrafo único.....	62

3.3. Problema do § 2º, art. 792, do Novo Código de Processo Civil	65
3.4. Boa-fé do terceiro adquirente.....	68
3.5. Solução à distribuição do ônus da prova.....	71
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

Há anos subsiste na doutrina e na jurisprudência a controvérsia acerca da alienação de bens em fraude à execução. Muito além de uma mera discussão jurídica, este debate gera impactos diretos na vida civil da população, que, por vezes, após anos de economia para a aquisição de seu único imóvel, vê este negócio jurídico, repentinamente, ser declarado ineficaz em relação à execução promovida contra o alienante.

Embora o assunto já tenha sido sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 375) e, também, tenha sido objeto de Recurso Especial repetitivo (REsp n. 956.943), os critérios para a caracterização dessa modalidade de fraude ainda não estão sedimentados. Parte da doutrina e da jurisprudência filia-se ao posicionamento de que, para a configuração da fraude à execução, além dos requisitos objetivos do instituto (litispendência e frustração do meio execução), deve o exequente realizar o registro da penhora na matrícula do bem ou, na falta dele, demonstrar a má-fé do terceiro adquirente. Contudo, outra corrente adota o entendimento de que, presentes estes mesmos requisitos, caberia ao terceiro adquirente demonstrar a sua boa-fé, a fim de impedir a declaração de ineficácia do negócio jurídico.

O fato é que carece, o ordenamento jurídico brasileiro, de critérios objetivos que definam a quem cabe o ônus de demonstrar a boa ou má-fé do terceiro adquirente, bem como quais são as condutas necessárias para configurar a boa-fé do adquirente, de modo a proporcionar maior segurança jurídica à execução civil e aos negócios jurídicos imobiliários.

Nessa vertente, esperava-se que o Código de Processo Civil de 2015 pusesse fim à controvérsia. Porém, após inúmeras alterações na redação do dispositivo, desde o anteprojeto até a versão final do código, o debate em torno da exegese da hipótese que abarca o trâmite de ação capaz de levar o devedor à insolvência, remanesceu em aberto. E é deste imbróglio que surge o mote a ser estudado.

Com o fito de apresentar as bases teóricas subjacentes, até atingir a solução do problema, dividir-se-á o trabalho em três capítulos: (i) o instituto do ônus da prova; (ii) o instituto da fraude à execução; (iii) a distribuição do ônus da prova na fraude à execução.

No primeiro capítulo apresentar-se-á o primeiro alicerce da discussão: o instituto do ônus da prova. Além de possibilitar uma visão mais nítida do tema, traçar-se-á, desde já, a forma com que a controvérsia poderá ser solucionada. Para tanto, realizar-se-á a conceituação do ônus da prova, a apresentação das suas dimensões (subjativa e objetiva), bem como a exposição das formas de distribuição permitidas pelos CPC/2015 (legal, convencional e judicial).

Ato contínuo, no segundo capítulo, discorrer-se-á acerca da principal engrenagem do trabalho: a fraude à execução. Inicialmente, realizar-se-á a imprescindível apresentação do princípio da responsabilidade patrimonial, com a correlata conceituação e diferenciação dos institutos da fraude contra credores e da fraude à execução. Em seguida, serão demonstrados os requisitos do instituto (litispêndência e frustração do meio executório), assim como as suas hipóteses legais (averbação de ação fundada em direito real; averbação da certidão do trâmite de processo de execução; averbação de constrição; pendência de ação capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência). E, por fim, demonstrar-se-á o procedimento e os efeitos da decisão que reconhece a fraude.

Por último, no terceiro capítulo, enfrentar-se-á o tema que constitui o cerne deste trabalho: a distribuição do ônus da prova na fraude à execução. De início, analisar-se-á a súmula n. 375 do STJ, por meio do seu histórico de elaboração, sua aplicação e diferentes formas de interpretação, e, também, através do recurso especial repetitivo n. 956.943, responsável por afetar a orientação da Corte Superior. Em seguida, debater-se-á acerca da Lei 13.097/2015, que, aparentemente, trouxe uma nova perspectiva as aquisições imobiliárias, por meio do princípio da fé pública registral; após, abordar-se-á a problemática do § 2º do art. 792 do CPC/2015; e, também, sobre a boa-fé do terceiro adquirente. Ao final, apresentar-se-á uma solução à atribuição do ônus da prova, de maneira a propiciar a necessária segurança jurídica aos negócios imobiliários, sem sacrificar injustamente o credor/exequente.

No intuito de alcançar as pretensões expostas, utilizar-se-á como método de procedimento o monográfico. O método de abordagem da pesquisa será o dedutivo, enquanto a temática será construída sob a técnica de documentação indireta, realizada por meio de pesquisa bibliográfica.

Com o desenvolvimento do presente trabalho, almeja-se propor uma solução à temática que assola historicamente um dos principais institutos da execução civil, de modo a elencar, objetivamente, comportamentos que o terceiro adquirente de boa-fé possa realizar e, na mesma medida, fundamentar tecnicamente as razões que levam o ônus da prova a ser atribuído ao terceiro adquirente.

1. ÔNUS DA PROVA

O desenvolvimento do presente trabalho será direcionado à demonstração das razões que levam a atribuição do ônus da prova ao terceiro adquirente na fraude à execução. No entanto, antes de adentrar-se no cerne da feitura, mostra-se necessário perpassar pelos institutos que compõe o tema, sob o novo enfoque entregue pelo Código de Processo Civil de 2015.

No primeiro capítulo, apresentar-se-á um dos vetores da temática: o ônus da prova. Nele serão apresentados aspectos gerais do instituto - como conceituação, dimensões, aplicações e atribuições - com o cuidadoso objetivo de fundamentar um dos alicerces da matéria e, desde já, iniciar a construção da pretendida solução à controversa distribuição do ônus da prova na fraude contra a execução.

1.1. O conceito e as dimensões do ônus da prova

Parte integrante da teoria geral do direito, malgrado seja predominantemente aplicado na esfera processual¹, o ônus é um encargo cuja abstenção implica na perda dos efeitos úteis de determinado ato ou fato. Não se trata de obrigação ou dever jurídico, porém, mostra-se necessário o seu cumprimento como forma de impedir possíveis consequências desfavoráveis².

Embora assemelhados por suas vinculações à vontade do sujeito (elemento formal), já que lhe atribuem à realização de determinada conduta, o ônus e a obrigação não se confundem, diferenciando-se quanto aos seus elementos substanciais. Enquanto o vínculo da obrigação tutela direito alheio, de modo que, em caso de não cumprimento, configura-se ato ilícito, com sua consequente sanção jurídica (execução ou pena); o ônus incide apenas sobre interesse do próprio sujeito, na medida em que a sua inobservância acarreta, eventualmente, ao onerado, a perda da chance de desfrutar de uma situação melhor³.

Dessa forma, resta evidente que o sujeito, balizado pelas consequências de sua ação ou omissão, tem plena liberdade em desincumbir-se de seu ônus de acordo com os seus interesses, sem correlação com algum direito ou penalização legal pela sua inobservância.

¹ CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: Admissibilidade e relevância. In: IRTI, Natalino. *Saggi di teoria generale del diritto*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 107-164

² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 2. Salvador: JusPodium, 2015, p. 106-107.

³ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. São Paulo: Bookseller, 2005, p. 255.

Por via de consequência, o ônus da prova, ou *onus probandi*, é entendido como o encargo atribuído a determinado sujeito para demonstrar, na integralidade (modo, meio e tempo), um fato pretérito. A peculiaridade do ônus da prova reside no fato de que seu simples cumprimento não assegura, obrigatoriamente, uma consequência favorável. É necessário que a produção da prova tenha força suficiente para persuadir o magistrado a conferir a tutela jurisdicional pretendida benéfica⁴.

O estudo das regras do ônus da prova, por sua vez, pode ser realizado através de duas dimensões (funções): subjetiva e objetiva. Sua atuação pode destinar-se a fornecer parâmetros para os litigantes estabelecerem sua estratégia probatória (aspecto subjetivo); ou ser utilizada como regra de julgamento, isto é, dirigida ao julgador, no momento de fundamentar a decisão (aspecto objetivo)⁵.

Através da perspectiva subjetiva, entende-se o ônus da prova como regras de conduta dirigidas às partes do processo, que, como um farol, ilumina o caminho probatório a ser seguido⁶. Ela tem como ofício determinar quais são os fatos que cada litigante deve provar, de modo a aclarar o convencimento do juízo e servir de fundamento às pretensões (autor) ou exceções (réu) postuladas. Explica Fredie Didier Jr.⁷:

Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente *a quem* cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em *ônus subjetivo* (ônus formal, segundo Barbosa Moreira) ou *função subjetiva* das regras do ônus da prova, que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”.

Conforme se afere no artigo 373, o fundamento utilizado pelo Código de Processo Civil de 2015 – assim como era no código anterior (artigo 333) –, baseia-se no ‘interesse da afirmação do fato’, em que, *a priori*, o autor deverá provar os fatos constitutivos do seu direito, e o réu provar as exceções à demanda⁸ (fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor).

Na Alemanha, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni, embora não haja uma norma específica como no direito brasileiro, a ideia de distribuição do ônus da prova segue a mesma lógica – a chamada *Normentheorie*. Tem-se que, a parte que deseja ser favorecida pelos efeitos de determinada norma, deve provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação; já à

⁴ CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 315-316.

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 570.

⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.107.

⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.107.

⁸ CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, p. 322.

parte demandada incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, que obstariam a procedência do pedido do autor⁹.

Esse viés de estruturação do ônus da prova, no entanto, não está isento de críticas. Há quem defenda que a função do ônus da prova emerge apenas na fase decisória, ante a insuficiência de provas para fundamentar a sentença, sendo irrelevante seu aspecto subjetivo¹⁰.

Inobstante, não há falar sobre a perspectiva subjetiva desconexa da objetiva, vez que o ônus da prova sempre será suportado por um titular. É papel da lei processual designar este encargo às partes como medida de incentivá-las a formar um vasto elenco probante e, por consequência, dar ao magistrado o completo alcance dos fatos ocorridos, pondo fim à controvérsia em sua plenitude (escopo social da jurisdição).

Não há porque não considerar a relevância da análise subjetiva da produção de prova. Apontar se a prova que está nos autos efetivamente foi acostada pelo responsável pela produção, ou se uma prova faltante poderia ter sido trazida, com facilidade, por uma das partes, ainda que desonerada de fazê-lo, indiscutivelmente indica o grau de empenho e comprometimento da parte com o processo, cujo reflexo pode se dar na procedência ou rejeição do pedido¹¹.

Em que pese a atribuição da produção probatória, por vezes as provas acostadas aos autos são incapazes de demonstrar a realidade dos fatos, de modo que, ainda assim, o magistrado deverá proferir uma sentença (decisão) ao final do processo, vedando-se o *non liquet*.

Nessa perspectiva exsurge a segunda dimensão do ônus da prova: o ônus objetivo. Essa dimensão é compreendida como uma regra de julgamento utilizada para carrear a uma das partes as consequências gravosas da sua ineficiência em demonstrar os fatos nos autos.

Deve-se ter claro que o ônus, sob a dimensão objetiva, não atribui ao magistrado a produção de prova – afinal, este sempre será encargo das partes¹². Trata-se unicamente de uma regra de julgamento, em que o magistrado, assentado pela distribuição do ônus (subjetivo) às partes, ante a ausência/insuficiência de comprovação dos fatos alegados, imputará à parte responsável pela produção da prova as consequências negativas de sua omissão.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p.171.

¹⁰ CAMBI, *op. cit.*, p. 317. In: ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Madrid: Editora B de F, 2002, p. 18-19.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 110.

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 108. In: YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e do direito autônomo a prova. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 62-63.

À vista disso, Francesco Carnelutti prossegue, definindo o ônus da prova como a obrigação do magistrado “de considerar existente ou inexistente um fato segundo que uma das partes ofereça ou não demonstração de sua inexistência ou existência”¹³.

Nessa rota, segue Luiz Rodrigues Wambier¹⁴:

Isto porque o processo não pode durar indefinidamente em busca da verdade dos fatos – sob pena de gerar ainda mais males às partes e à sociedade. É preciso que, em dado momento, o processo acabe. Por outro lado, o juiz não se pode eximir de decidir apenas porque não conseguiu formar convencimento sobre os fatos da causa. Então há um momento em que o processo precisa acabar e o juiz tem de sentenciar, tenha ou não formado convencimento. É estritamente para essas situações que a lei fixa as regras sobre distribuição do ônus da prova. Se todo procedimento já se desenvolveu sem que o juiz conseguisse formar convicção sobre a ocorrência ou inoocorrência de determinado fato relevante para o julgamento da causa, cabe-lhe aplicar as regras sobre ônus da prova, decidindo contra aquele a quem cabia a prova de tal fato.

Ressalta-se que a aplicação das regras do ônus da prova, em sua dimensão objetiva, ocorrerá na fase decisória. Somente após o encerramento da fase probatória o magistrado terá condições de verificar se houve, ou não, a demonstração satisfatória das alegações.

No que concerne às provas produzidas, consoante o princípio da aquisição processual, ou princípio da comunhão das provas, uma vez carreadas aos autos, irrelevante será diferir quem foi o responsável pela sua produção, eis que pertencerão ao processo (não às partes), de forma que qualquer polo poderá delas dispor da maneira que melhor lhe convier.

Entretanto, a fragilidade do elenco probatório não ensejará, necessariamente, a utilização das regras do ônus da prova, eis que nem sempre o juiz chegará ao final do processo em estado de dúvida. Valendo-se não só da natureza dos fatos e da atribuição do ônus da prova, mas, também, da natureza da situação concreta em discussão, o magistrado poderá se utilizar, excepcionalmente, da chamada técnica de verossimilhança, dispensando-se, dessa forma, o mecanismo em comento¹⁵.

A técnica de verossimilhança está diretamente ligada ao convencimento judicial, de modo que, dependendo do direito material em litígio, o magistrado levará em consideração, ou não, as provas. Isso pode ser exemplificado com os fatos axiomáticos (ou intuitivos), em que as alegações são evidentes (ex.: homem atropelado que perdeu um membro); os fatos notórios, que são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade (ex.: provar que água molha ou fogo queima); ou os fatos de impossível demonstração (ex.: provar que nunca esteve em Cuiabá).

¹³ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, p. 256-258.

¹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMI, Eduardo, *op. cit.*, p.270.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 171-177.

Conquanto essa excepcionalidade, remanesce a importância do papel exercido pelo ônus da prova, responsável por ser o guia das partes na gestão das provas do processo, bem como por viabilizar a decisão sobre a controvérsia ante as dificuldades de alinhamento da realidade fática.

1.2. A distribuição legal do ônus da prova (estática)

Após a exposição do primeiro tópico, afere-se que o ônus da prova é o encargo que se atribui a um agente para que realize a demonstração cabal de fatos pretéritos. No entanto, cabe apontar que essa atribuição somente poderá ser realizada de três diferentes formas: pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes.

Com efeito, enquanto a distribuição do ônus probatório feita pelo legislador é prévia e estática, eis que advém do texto da lei, a disposição feita pelo juiz ou pelas próprias partes é dinâmica, visto que é realizada de acordo com o caso concreto.

Assim, caberá a este e os dois próximos tópicos apresentarem estas três diferentes formas de distribuição do ônus da prova, de modo que se inicia com a explanação da distribuição legal do ônus da prova.

1.2.1. Aspectos introdutórios

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 373, adotou três critérios para a distribuição legal do ônus da prova: a posição das partes no processo (autor ou réu); a natureza dos fatos que fundam as suas pretensões ou exceções; e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor caberá provar os fatos constitutivos e ao réu os fatos impeditivos, extintivos e modificativos¹⁶.

Sob esse prisma, grifa-se que essa atribuição não decorre simplesmente das afirmações ou negações realizadas pelas partes, mas, sim, dos fatos que compõem o suporte fático da norma jurídica visado por elas. Dessa forma, para auferir-se o efeito jurídico desejado, não é suficiente a prova dos fatos alegados, eis que estes deverão estar obrigatoriamente emoldurados no enunciado normativo¹⁷.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 111.

¹⁷ CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 322-323.

Trocando em miúdos, deve-se ter em conta que o objeto da prova é a demonstração de fatos, e não de afirmações desses fatos, motivo pelo qual o ônus da prova deve ser, também, visto como uma questão de aplicação de direito, em que, caso não haja o perfeito encontro entre o fato alegado e a tipicidade abstratamente formulada na norma, será dispensada a aplicação da regra do ônus da prova.

Utilizando-se como critério os efeitos jurídicos que podem ser produzidos, os fatos são classificados em: constitutivos; extintivos; modificativos; ou impeditivos.

Conforme afirma Chiovenda, os fatos constitutivos são “aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém¹⁸”. São os fatos que constituem a relação jurídica entre as partes, ou seja, preenchem o suporte fático de determinada norma jurídica (*fattispecie*) e ensejam a emanção dos efeitos jurídicos da pretensão do autor. Exemplifica-se: a existência de um contrato de locação e a mora do locatário são fatos constitutivos para a ação de despejo por falta de pagamento; o abalroamento em um veículo é o fato constitutivo para a ação condenatória que visará a reparação do dano, etc.

Por decorrência lógica, como é o autor o maior interessado em convencer o juízo a reconhecer o direito postulado, caberá a ele a demonstração dos fatos constitutivos que dão suporte à sua pretensão¹⁹.

Nesse caso, a princípio, poderá o réu se defender apenas com a negativa dos fatos alegados pelo autor – a chamada ‘defesa direta’ –, uma vez que não há fato novo, senão os mencionados na inicial. Não obstante, uma vez aduzido algum fato na defesa que obste o pedido autoral (extintivo, modificativo ou impeditivo), caberá ao réu fazer prova dessa exceção – a chamada ‘defesa indireta’²⁰.

Sob esse prisma, a posição do réu mostra-se, até certo ponto, confortável, tendo em vista que o ônus da prova somente recairá sobre ele após a demonstração dos fatos constitutivos (*actore non probante, réus absolvitur*)²¹. Caso o autor não acoste aos autos provas suficientes para comprovar suas alegações, o ordenamento processual opta pela manutenção do *status quo ante*.

Por outro lado, ainda que o autor não faça prova de seus fatos constitutivos, é interesse do réu alegar um fato negativo (extintivo, modificativo ou impeditivo), a fim de estender o

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 179. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzione di Diritto Processuale Civile*. Campinas/SP: Bookseller, 1998, p. 7.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 996.

²⁰ DIDIER JR., Fredie, *op. cit.*, pp. 111-112.

²¹ CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 324. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 87.

objeto da cognição (*thema probandum*) e reverberar, por consequência, na amplificação do objeto da decisão (*thema decidendi*)²², como meio de obstaculizar de forma ainda mais robusta a pretensão do autor.

Porém, caso o autor faça prova do fato constitutivo, exsurge a necessidade de o réu apresentar fatos novos que sejam extintivos, modificativos ou impeditivos desse direito, ou, não havendo nenhum fato novo, realizar a chamada contraprova do fato constitutivo.

Os fatos extintivos são aqueles que têm eficácia de dismantelar a relação jurídica, isto é, cessam o vínculo do autor com determinado direito e, por conseguinte, impedem que a lei produza seus efeitos e satisfaça a sua vontade. São fatos extintivos da reclamação do autor, por exemplo, a decadência, a prescrição, o pagamento, etc.

Conforme leciona Giuseppe Chiovenda, os fatos extintivos podem ser conaturais ao direito – ou seja, produzidos adstritos a ele (ex.: prescrição e decadência) – ou serem sucessivos – os quais surgem após o nascimento do direito (ex.: pagamento ou compensação)²³. O evento de ambos extingue o direito.

Já o fato impeditivo é o fato cuja existência impede que o fato constitutivo produza seus efeitos e o direito do autor seja validamente constituído. Diferentemente do fato extintivo, este fato não impede ou integra a formação da *fattispecie*; ele atua externamente ao fato constitutivo, na medida em que obsta a produção dos seus efeitos, ainda que todos os seus elementos constitutivos estejam presentes²⁴.

Como ilustração, cita-se as seguintes hipóteses: vício de consentimento na celebração do contrato; exceção de contrato não cumprido; pendência de uma condição suspensiva para o cumprimento da obrigação; incapacidade das partes; inobservância de forma prescrita em lei; abusividade contratual; etc.²⁵

O doutrinador Fredie Didier Junior transcreve importante lição de Giuseppe Chiovenda:

Chiovenda, em clássica explicação do fato impeditivo, assevera que, para o nascimento de um direito, é necessária a presença de: a) causas *eficientes*, que são circunstâncias que têm por função específica dar nascimento ao direito – compõem o próprio fato constitutivo do direito; e b) causas *concorrentes*, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao direito) e cuja ausência obsta sua produção – isto é, são fatos impeditivos do direito.

²² CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 324. In: DENTI, Vittorio, *La giustizia civile*. Milano: Il Mulino, 2004, p.158.

²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, pp.112.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p.180. In: PATTI, Salvatore. *Prove*. Milano: Giuffrè editore, 2010, pp. 91-92.

²⁵ CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, p. 325.

Visto isso, denota-se que o fato impeditivo nada mais é do que a falta de uma circunstância (causa concorrente), alheia à *fattispecie*, que deveria afluir para que o fato constitutivo emanasse normalmente seus efeitos. Dessa feita, conclui-se que “tanto a presença de fatos constitutivos (causa eficiente), como a ausência de fatos impeditivos (causa concorrente)” são essenciais para a existência do direito pretendido²⁶.

A seu turno, os fatos modificativos são aqueles que alteram a substância do direito do autor²⁷. Pode-se fazer amostra pelo pagamento parcial, pela novação, ou por qualquer fato novo que modifique a relação jurídica.

Posto isto, nota-se: se o autor ajuíza uma ação pleiteando o pagamento de determinada dívida e o réu alega que esta foi parcelada, somente podendo ser exigida em parte, o *fato é modificativo*; se o réu alega o pagamento, o fato é *extintivo*; se o réu afirma a exceção de contrato não cumprido, o fato é *impeditivo*²⁸.

Com todo o exposto, concluiu-se que, em regra, caberá ao interessado pela declaração do direito (o autor) a prova dos fatos juridicamente relevantes que consubstanciam o seu pedido, e, por outro lado, ao interessado pela declaração de inexistência do direito, a prova dos fatos que obstem o pedido postulado. Porém, estes critérios não são absolutos, de modo que a própria lei poderá excetuar a distribuição deste ônus.

1.2.2. A “inversão *ope legis*” do ônus da prova

Em determinadas situações, o legislador opta por não seguir a regra geral e excepciona a distribuição do ônus da prova – não cabe, por exemplo, ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito. Essa condição é denominada inversão *ope legis* do ônus da prova, “uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação”²⁹.

Como o próprio nome já remete, a inversão *ope legis* opera-se pela própria lei, sem qualquer ingerência das partes ou do magistrado. Dessa forma, necessário frisar-se que não há propriamente uma inversão da prova como técnica processual³⁰; o que ocorre é uma distribuição

²⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, pp. 112-113.

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 996.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p.181.

²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.113.

³⁰ “Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente preveem que em determinados casos específicos na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte

da prova que não segue os critérios gerais positivados pelo artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, nota-se que não ocorre no curso do processo uma mudança de incumbência probatória. Com efeito, a norma peculiar ao caso já dispõe, previamente, quem será o responsável pela demonstração do fato litigioso, que, como já dito, dissonará da regra geral.

Por se tratar de norma jurídica, também deve ser utilizada como regra de julgamento, de sorte que, ao final do feito, caso o magistrado não tenha formado seu convencimento, utilizar-se-á o dispositivo específico a fim de solucionar a controvérsia.

Conforme anota Fredie Didier Jr., “a inversão do ônus da prova é um caso de *presunção legal relativa*. A parte que alega o fato está dispensada de prová-la. Cabe à outra parte o ônus da prova de que o fato não ocorreu”³¹.

Assim, oportuno citar o § 2º do artigo 792 do CPC/2015, que assim dispõe: “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”.

Em outros termos, caberá ao terceiro adquirente – não ao exequente –, provar que agiu de boa-fé na aquisição de bem não sujeito a registro para que não seja declarada a fraude à execução, ou seja, há uma presunção relativa de má-fé do terceiro adquirente, embora a princípio universal da boa-fé apregoe que deve-se presumir a boa-fé e provar a má-fé.

Portanto, a inversão legal do ônus da prova é a denominação dada aos enunciados normativos existentes ao longo do ordenamento jurídico que autorizam a distribuição do ônus probante de modo diverso à regra contida no artigo 373 do CPC/2015. Não obstante, essa exceção deve-se, em grande medida, ao fato de que, caso a regra fosse seguida à risca, poder-se-ia atribuir a uma das partes a chamada ‘prova diabólica’, em que o incumbido não teria alcance de meios aptos a demonstrar integralmente o fato pretérito.

1.2.3. A “prova diabólica” (*probatio diabolica* ou *devil’s proof*)

A inflexível aplicação dos critérios adotados pelo artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, por vezes, mostra-se inapropriada para a consecução de uma decisão justa, eis

no processo.” (DIDIER JR, Fredie, *op. cit.*, pp.113-114. In: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.208).

³¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 114.

que a rjeza dessa regra jurídica pode tornar extremamente difícil, ou até mesmo impossível, o exercício do direito à prova – tornando-a a chamada ‘prova diabólica’ (*probatio diabolica* ou *devil’s proof*).

A prova diabólica ocorre nos casos em que, a despeito da regra geral, a parte não dispõe de meios suficientes para demonstrar cabalmente o fato pretérito. Exemplo disso é o caso em que a parte tem que provar que nunca esteve em uma determinada cidade. Ora, trata-se de um fato negativo indeterminado: como poderia o sujeito apresentar todas as cidades em que esteve ao longo da sua vida? Inviável.

Essa denominação tem suas origens no direito canônico, em que se dizia que somente o diabo poderia provar um fato negativo, de maneira que imperioso era o seu afastamento³². No entanto, urge elucidar que nem toda prova diabólica origina-se de um fato negativo. Em determinadas situações, ela provém de um fato positivo, como no caso em que o autor não tem acesso aos meios necessários para sua demonstração (ex.: inscrição indevida – apresentar a ligação telefônica que realizou para cancelar o plano telefônico).

Ante a prova diabólica, a parte pode tomar algumas medidas, como a utilização da prova indiciária³³, a prova por amostragem³⁴ ou, ainda, a *probatio levior*³⁵. Elas nada mais são do que artifícios que, apesar de não levarem a uma conclusão imediata e objetiva, induzem o magistrado a se convencer dos fatos apresentados pela parte, maneira pela qual se mitiga a dificuldade/impossibilidade de produção da prova.

Contudo, por vezes, a dificuldade/impossibilidade de produção da prova paira apenas sobre uma das partes, de modo que, neste caso, o juiz será autorizado a realizar a distribuição dinâmica do ônus da prova. Isto é, a prova será atribuída a uma das partes de acordo com o caso concreto. Assim, leciona Luiz Guilherme Marinoni³⁶:

Obviamente, essa situação só pode gerar modificação do ônus probatório se a prova que a parte tem dificuldade de produzir possa ser trazida pela parte contrária. Quando

³² CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3211, 16 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21525>>. Acesso em: 27 set. 2015.

³³ A prova por indução é a prova de um fato que, por ligação lógica de causalidade ao fato probando principal, autoriza a conclusão, por meio do raciocínio indutivo, da existência ou inexistência deste último. (SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. São Paulo: Editora Saraiva, 1983, p.345).

³⁴ “A prova por amostragem pressupõe a existência de um conjunto de eventos/fatos que possam ser agrupados, porque semelhante, de forma que a demonstração de parte deles possa conduzir o magistrado ao juízo acerca da existência de todos. Ou seja: a prova de parte do conjunto de fatos conduz à conclusão da existência acerca e todos os fatos que compõem esse mesmo conjunto” (DIDIER JR., Fredie. *op. cit.*, p.75.).

³⁵ “Outro instrumento de reação à prova difícil é trazido pela degradação ou abaixamento do grau de convicção necessário acerca da correspondência entre o relato e a realidade de um facto para que a decisão o possa aceitar como verificado para, com base nesta conclusão, decidir. Estamos, em cheio, no domínio da *probatio levior*”. (DIDIER JR., *op. cit.*, p. 115. In: SILVA, Paula Costa; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, n. 222 p.159).

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015, p.267.

se modifica o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá possibilidade de cumpri-lo, pena de a modificação do ônus da prova significar imposição de uma perda e não apenas a transferência de um ônus. *Nessa perspectiva, a modificação do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo, ou quando o autor tem condições fazer a prova da inexistência do fato extintivo, modificativo ou impeditivo.*

Por outro vértice, há casos em que a prova do fato é muito difícil ou impossível para ambas as partes – denominada por Fredie Didier Jr. como ‘duplamente diabólica’. Nessa situação, o magistrado não deve nem manter o ônus, tampouco invertê-lo – ônus subjetivo. Se ao final da fase instrutória o juiz não obtiver um grau mínimo de convicção, caberá a ele apurar, na fase decisória, quem assumiu o risco da “inesclarecibilidade” e atribuir-lhe as consequências desfavoráveis, conforme o artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, conclui-se como prova diabólica aquela em que a parte não detém os elementos necessários para a demonstrar determinado fato. Entretanto, importante ter em vista que, embora historicamente confundam-se, nem sempre a prova de um fato negativo está fora do alcance de uma das partes.

1.2.4. *O ônus da prova de fato negativo*

Por algum tempo imperou no ordenamento pátrio o brocardo “*negativa sunt probando*”, segundo o qual não se pode provar algo que não existe. Conquanto, essa concepção foi acertadamente afastada, eis que, segundo a doutrina atual, todo fato negativo tem correlação com um fato positivo, e vice-versa. Dessa feita, se não há possibilidade de produzir a prova negativa, que se forneça a prova afirmativa correspondente³⁷.

Sob essa diretriz, classificaram-se os fatos negativos sob duas perspectivas: negativas absolutas e negativas relativas.

A negativa absoluta é compreendida como a simples negativa de um fato, sem estabelecê-la no tempo e no espaço. Exemplifica-se através da afirmação: “nunca estive em Salvador”³⁸. Por outro lado, na negativa relativa existe a delimitação temporal e espacial, sucedida da assertiva de um fato positivo: “eu não estava em Salvador na noite do dia 31 de dezembro do ano de 2014, mas sim em Florianópolis”.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 117.

³⁸ VICENTINI, Fernando Luiz. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3633, 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24683>>.

Dessa forma, prevalece o entendimento de que apenas os fatos absolutamente negativos, dado que são fatos indeterminados, são incapazes de demonstração, de sorte que quem os alegou suportará o ônus probatório.

Ao contrário de Fredie Didier Jr., Arruda Alvim sustenta o posicionamento de que, tratando-se de negativas relativas, o ônus da prova será bilateral³⁹. Ocorre que, seguindo o primeiro doutrinador, não há como compartilhar-se o ônus da prova, sob pena de, ao final do processo, nenhuma parte ter se desincumbido de seu ônus e o magistrado ter que atribuir a um deles o fardo da omissão de ambos.

Nesse particular, impõe distinguir-se duas situações. Em determinados casos, a parte alega um fato negativo relativo como não-fato constitutivo do seu direito, cabendo a ela provar o fato positivo correlato (ex.: afastar multa de trânsito por excesso de velocidade sob o argumento de que, naquele momento, o seu carro estava estacionado)⁴⁰.

Noutra banda, a parte pode aduzir um fato negativo relativo para contestar o fato constitutivo da outra parte (ex.: o réu, sob a acusação de atropelamento, argui que, ao tempo do ocorrido, já havia transferido o veículo a terceiro)⁴¹.

Em ambas as situações, caberá ao magistrado analisar, de acordo com o caso concreto, qual parte tem melhores condições de atender ao encargo probatório, e, assim, ou manter a regra geral do ônus da prova (art. 373 do CPC/2015), ou inverter dinamicamente o ônus da prova.

Com isso, encerra-se a apresentação das situações que envolvem a distribuição legal do ônus da prova. Assim, parte-se para a análise da chamada distribuição convencional do ônus da prova, em que as próprias partes poderão estabelecer a quem cabe a demonstração de cada fato, sem a necessidade de observância da regra do art. 373 do CPC/15.

1.3. A distribuição convencional do ônus da prova (dinâmica)

Conforme preconiza o § 3º do artigo 373 do novo Código de Processo Civil de 2015, as partes poderão convencionar ao seu modo a distribuição do ônus da prova, tanto antes como durante o processo (§ 4º do artigo 373). Trata-se de instituto clássico no direito pátrio, malgrado sua escassa utilização.

³⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.118. In: ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 495.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.119.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.119.

Ante o caráter dispositivo do artigo 373, permite-se alterar livremente a distribuição do ônus da prova por convenção das partes. No entanto, ressalvam-se as hipóteses em que o ônus recaia sobre direito indisponível (art. 373, § 3º, I), ou torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício de seu direito (art. 373, § 3º, II).

Sob esse prisma, verifica-se um verdadeiro negócio jurídico processual⁴², admitido desde que estejam presentes os requisitos de validade para qualquer negócio jurídico: agente capaz, objeto lícito e forma admitida em lei⁴³.

Sublinha-se que a convenção do ônus da prova pode ser realizada sobre qualquer fato – fato simples ou fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito, etc.⁴⁴. Inclusive, pode ser um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior.

Dessa feita, acordando todas as partes que serão alcançadas pela distribuição distinta do ônus da prova, é possível realizá-lo. Contudo, atenta-se que essa convenção poderá ser utilizada por terceiro prejudicado, ainda que interveniente no processo, quando os seus interesses forem afetados, afastando-se os efeitos da sentença desfavorável⁴⁵.

Outrossim, cumpre ressaltar, a teor do inciso IV do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que será nula a modificação do ônus da prova nas relações de consumo, quando esta vier em prejuízo ao consumidor, complementando as hipóteses dispostas no § 3º do art. 373 do CPC/2015.

Assim, uma vez convenciona a distribuição do ônus da prova e respeitados os requisitos do art. 373, a atribuição do ônus será imediatamente eficaz⁴⁶, prescindindo de forma legal pré-definida ou homologação judicial para que seus efeitos comecem a surtir.

Ressalta-se, entretanto, não obstante a realização do negócio probatório, ainda prevalece os poderes probatórios de gerência do magistrado sobre o ônus da prova. Explica-se: a convenção do ônus da prova realizado pelas partes modificará a atuação probatória das partes (ônus subjetivo), assim como influenciará no risco de quem não se desincumbir (ônus objetivo), mas nada impede que o magistrado realize a atividade probatória de modo diverso.

⁴² “Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais” (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Juspodium, 2012, p. 59-60).

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p.273.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 120.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p.273.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.121. In: GODINHO, Robson Renault. Convenções sobre o ônus da prova. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 178.

Portanto, as partes poderão convencionar as suas atuações probatórias (ônus subjetivo) de modo diverso à regra da distribuição legal do ônus da prova (art. 373 do CPC/15), com importante influência no risco de não produção de determinado fato, embora isto não obste a atuação do magistrado na análise das provas.

Dito isso, caberá ao próximo tópico enfrentar a outra forma de distribuição dinâmica do ônus da prova incorporada ao Código de Processo Civil de 2015.

1.4. A distribuição do ônus da prova feita pelo juiz (dinâmica)

Embora não seja exatamente uma inovação dentro do ordenamento jurídico brasileiro, introduziu-se no CPC/2015 a possibilidade do magistrado atribuir o ônus da prova de acordo com o fato concreto, “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo”.

1.4.1. Aspectos introdutórios

Com o escopo de buscar a mais efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, o § 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 autoriza o juiz a atribuir o ônus da prova de modo diverso ao previsto nos incisos do artigo 373, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Trata-se da chamada ‘Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova’, em que a atribuição do ônus não é realizada *a priori* pelo legislador⁴⁷. Caberá ao magistrado dinamizar o ônus probante caso, em análise à demanda proposta e às necessidades probatórias que a cercam, verifique-se que uma das partes pode mais facilmente demonstrar (em sua plenitude) o fato pretérito⁴⁸, ou há impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma das partes colacionar as provas necessárias ao processo⁴⁹.

Vê-se que, no primeiro caso, privilegia-se o princípio da economia processual, de modo que, se uma das partes pode demonstrar mais facilmente determinado fato, não se justifica conferir à outra parte a sua produção, sob o risco da não obtenção da prova.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.103.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p.103.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p.267.

Por outro lado, por ocasião da impossibilidade ou excessiva dificuldade de demonstração do fato, necessário sublinhar-se que somente autorizar-se-á a dinamização da prova caso a outra parte possua os meios necessários para sua produção. Caso contrário, a transferência do ônus representará simplesmente a imposição de uma perda, sendo, portanto, injustificada⁵⁰.

Nessa senda, destaca-se que a distribuição judicial do ônus da prova pode ser feita de ofício ou a requerimento das partes, sendo a decisão, em ambos os casos, impugnável por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC/2015). Por outro lado, a decisão que nega a redistribuição do ônus da prova somente será impugnada por apelação ou contrarrazões de apelação (art. 1.009, § 1º, CPC/2015)⁵¹.

Com a inclusão da teoria da dinamização do ônus da prova, ao contrário do que erroneamente pode-se levar a crer, o juiz continua sendo o gestor da prova, acrescido de um poder ainda maior, porquanto, em vez de partir do modelo clássico (art. 373 do CPC/2015) para, depois, inverter o polo responsável pela prova, poderá atribuir este ônus segundo as especificidades da situação do direito material, desde que respeitados os seus requisitos.

Contudo, deve-se ter cautela nesse ponto, eis que o instituto em comento é uma exceção dentro da regra geral do artigo 373, devendo, portanto, ser utilizado com a necessária prudência.

Destarte, nota-se que a inserção da teoria da distribuição dinâmica da prova desempenhou uma verdadeira revolução no tratamento da prova. Houve uma ruptura com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova, possibilitando que, com critérios abertos, sejam tutelados adequadamente os direitos materiais⁵², consagrando-se o princípio da igualdade processual (art. 7 do CPC/2015) e da adequação⁵³.

Todavia, embora recheada de conceitos indeterminados, a teoria da dinamização do ônus da prova somente poderá ser aplicada mediante o atendimento de suas condicionantes materiais e processuais. Do ponto de vista material, específico a cada hipótese, deve-se demonstrar que o caso em vista não pode ser solucionado sem ofensa à paridade de armas⁵⁴ e que a parte contrária poderá desempenhar satisfatoriamente o encargo probatório. Do ponto de

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p.267.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, pp.122-123.

⁵² CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, p.342.

⁵³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, pp.123.

⁵⁴ “O Art. 7º do Novo CPC traz a lume o Princípio Processual da Paridade das Armas. Igualdade de tratamento entre as partes do processo em relação ao exercício de direitos e faculdades, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais define este princípio processual clássico.” (AMARAL, Carlos Eduardo Rios. Dos princípios e das garantias fundamentais de processo no Código Fux. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < <http://goo.gl/7IHjIy>>. Acesso em: 18 out. 2015).

vista processual, requer-se fundamentação específica e atribuição do encargo probatório, com a correlata oportunidade de defesa⁵⁵.

Assim, inicia-se pela análise dos pressupostos formais da distribuição do ônus da prova feita pelo juiz.

1.4.2. Pressupostos formais gerais

Para a distribuição do ônus da prova pelo juiz, observa-se os seguintes pressupostos formais: motivação da decisão; adequado momento da dinamização; proibição de prova diabólica reversa.

Por força do artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, bem como do § 1º do artigo 373 do novo Código de Processo Civil de 2015, para a consecução da dinamização do ônus da prova, o magistrado deverá motivar a sua decisão⁵⁶. Essa exigência se justifica como meio de controle das atividades jurisdicionais. Porém, atenta-se ao fato de que não será fundamentada a decisão que simplesmente empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto da sua incidência no caso concreto (art. 489, § 1º, II, CPC/2015). Nessa senda, Fredie Didier Jr.⁵⁷ elucida a questão:

Para além de apontar as premissas fáticas da dinamização, a exemplo do predomínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre que fatos se aplicará a modificação probatória. Se a regra geral é a distribuição legal, os fatos não referidos expressamente na decisão do juiz não terão seus encargos probatórios alterados.

Demais disso, outro requisito essencial para a dinamização do ônus da prova é a sua realização no momento oportuno do processo. O juiz somente poderá dinamizar o ônus da prova em fases pretéritas à decisória – preferencialmente, na fase saneadora –, oportunizando à parte afetada o exercício do seu direito ao contraditório, conforme está expressamente disposto no § 1º do artigo 373 do CPC/2015.

Entretanto, o ponto nodal desse requisito é a compreensão de que, independentemente do momento da atribuição do ônus da prova pelo juiz, haja a possibilidade da parte em desincumbir-se do ônus que lhe foi atribuído, consagrando-se o princípio do contraditório e a dimensão subjetiva do ônus da prova. Este requisito objetiva obstar decisões surpresas, que vão

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p.103-104.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, pp.124.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 124.

de encontro às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, de modo que o magistrado, necessariamente, deverá iniciar a organização da atividade probatória a partir da defesa do demandado⁵⁸.

Por fim, destaca-se, como requisito formal, que não será permitida a dinamização da prova que implicar em prova diabólica à outra parte, conforme dispõe o § 2º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015. Não se justifica dinamizar a prova em prol do autor, sendo que, em contrapartida, o réu será sacrificado. Vê-se que a prova diabólica é, em grande parte dos casos, o principal fundamento para a dinamização da prova, na medida em que ela não pode ser simplesmente transferida à outra parte, se importar em igual prejuízo⁵⁹.

Assim, caso nenhuma das partes tenha possibilidade de demonstrar cabalmente o fato pretérito em discussão, não será possível aplicar-se a modificação do regime do ônus da prova, de modo que, a parte que assumiu o risco da sua não produção, suportará as suas desvantagens, conforme a regra da “inesclarecibilidade”.

1.4.3. A regra geral de distribuição do ônus da prova feita pelo juiz

A regra de distribuição da inversão judicial do ônus da prova, ou distribuição dinâmica do ônus da prova, embora bastante desenvolvida e discutida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, somente foi consagrada legislativamente no Código de Processo Civil de 2015⁶⁰ – motivo pelo qual, nos moldes estabelecidos pelo § 1º do artigo 373, do CPC/2015, ainda não há precedentes do instituto no ordenamento pátrio.

No entanto, é notório que, além dos pressupostos formais que já foram discutidos, há a necessidade da presença de ao menos um pressuposto material para a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova.

A hipótese material clássica – reivindicada há muitos anos pela doutrina –, é a prova diabólica (*retro* 1.2.3), em que há “impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo” (§1º, art. 373, CPC)⁶¹. Além dela, acresce-se o pressuposto material da “maior facilidade de obtenção do fato contrário”, isto é, o caso em que uma parte possui meios mais

⁵⁸ CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, p.343.

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.126. In: MIRANDA NETO, Fernando Gama de Miranda. *Ônus da Prova: No Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 184-186.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, pp.127.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p.273.

aptos a demonstrar o fato, em sua integralidade, do que a outra, e, por via de consequência, poderá desincumbir-se mais facilmente do encargo⁶². Esse requisito vai ao encontro da ideia de que a ausência de certa conduta, que é esperada da parte, deve refletir em seu prejuízo.

Dessa forma, presente um ou outro pressuposto material, bem como os demais pressupostos formais, autorizar-se-á o magistrado a distribuir o ônus da prova conforme julgar mais adequado.

Dessa feita, após arrazoar-se, ainda que de forma breve, acerca dos principais pontos que compõe o primeiro elemento da composição – o ônus da prova -, dá-se continuidade ao estudo do tema do trabalho através da sua principal engrenagem: o instituto da fraude contra a execução.

⁶² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *op. cit.*, p. 995-996.

2. FRAUDE NA EXECUÇÃO

Fruto da disposição de bem, na pendência de uma relação processual, com o fulcro de frustrar o adimplemento de uma obrigação, a fraude à execução implica em prejuízo ao devedor e em afronta à efetividade da atividade jurisdicional. Com isso em vista, nesse capítulo será realizada a localização do instituto dentro do Código de Processo Civil de 2015, com a explanação de seu conceito, requisitos, hipóteses e procedimento.

2.1. A fraude à execução e a responsabilidade patrimonial

Imprudente seria iniciar o estudo da fraude contra a execução sem percorrer, ainda que de forma breve, o princípio da responsabilidade patrimonial. Positivado no artigo 789 do CPC/2015, este princípio enuncia que, em regra, o patrimônio (presente e futuro) do devedor responde pelas obrigações por si contraídas e não satisfeitas. Ou melhor, “o patrimônio do devedor representa para o credor a garantia de poder conseguir, em caso de inadimplemento, a satisfação coativa pelos meios executivos”⁶³.

Por evidente, esse princípio visa salvaguardar os negócios jurídicos onerosos realizados pelo credor e impedir manobras ardilosas do devedor, de modo a respeitar o *pacta sunt servanda* e permitir a circulação de riqueza e o corolário desenvolvimento da sociedade⁶⁴.

Contudo, conforme leciona Carnelutti⁶⁵, imperioso ter-se em conta que o patrimônio de toda pessoa é uma *universitas* em contínua alteração, o que leva, por via de consequência, a ter sua valoração constantemente modificada, tanto a mais, quanto a menos. Essa oscilação pode tanto se originar em causas materiais quanto jurídicas – isto é, pode decorrer, por exemplo, da degradação ou valorização temporal, ou resultar da alienação ou aquisição patrimonial⁶⁶. Todavia, necessário destacar que, independentemente da pendência de alguma obrigação, a ordem jurídica não cria óbices ao obrigado para dispor livremente de seu patrimônio, cabendo ao credor acatá-las, mesmo que sejam nocivas ao seu patrimônio⁶⁷.

⁶³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1963, p.76.

⁶⁴ MELO, Jefferson Douglas Santana de. *Novos contornos da fraude à execução*: consoante a súmula 375 do STJ. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo: v.34, n.71, 2011, p. 210.

⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni – processo di esecuzioni*. Padova: CEDAM, 1932, p. 124.

⁶⁶ SILVA, Antônio Carlos Costa e. Tratado do processo de execução: da execução civil dos elementos básicos do processo. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976, pp.510-511.

⁶⁷ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 17. ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 304. In: MAIERINI, Angelo. Della revoca degli atti fraudolenti. 4 ed. Florença: *Cammelli*, 1912, p.11.

Trocando em miúdos: ainda que o patrimônio do devedor responda por suas obrigações, o devedor reserva a prerrogativa de administrá-lo da forma que julgar conveniente – vista a presunção de boa-fé do artigo 164 do Código Civil –, sendo vedada qualquer interferência do credor nesse mister. Inócuo seria assegurar ao jurisdicionado o direito de obter a tutela jurisdicional se o ordenamento jurídico não conferisse meios ao obrigado de reconstituir/manter o seu patrimônio, uma vez que provém dele a viabilidade do cumprimento da obrigação devida. Porém, cumpre destacar que esta tutela recai apenas sob os atos negociais normais. Tratando-se de disposição patrimonial incomum, em que reste demonstrado o fito de eximir-se da responsabilidade executiva, em prejuízo de direito alheio, o ato negocial estará passível de revogação ou desfazimento⁶⁸.

Com isso em vista, justificado exatamente à luz do fim objetivado pelo princípio da responsabilidade patrimonial, admite-se excetuar esse princípio na ocorrência de negócios que visem, a partir de fraudulenta disposição patrimonial, impedir o adimplemento de determinada obrigação. Nesses casos, a despeito da regra geral, responderão pela obrigação do devedor bens que agora integram o patrimônio de terceiro, mas, anteriormente, pertenciam ao devedor. São os casos de bens alienados ou onerados em fraude contra credores, fraude à execução, assim como os bens hipotecados ao credor e, em seguida, alienados a terceiros⁶⁹.

Nesse diapasão, sob os ensinamentos de Carnelutti, Antônio Carlos Costa e Silva⁷⁰ notavelmente arrazoa o tema:

CARNELUTTI relata que o devedor conserva a disponibilidade do seu patrimônio, isto é, dos seus bens, porque isso é necessário e eficiente na alimentação e realimentação do círculo dos seus negócios, por isso que a disponibilidade patrimonial é um instrumento essencial nas mãos do devedor honesto e em razão do qual pode conservar ou crescer o seu patrimônio e, por conseguinte, mantê-lo como garantia dos seus credores. O uso imoderado dessa faculdade, todavia, pode acarretar a necessidade de reconstituí-lo. Então assinala CARNELUTTI, o remédio é considerar a ineficácia total, ou parcial, do ato de disposição levado a efeito pelo devedor com o fito de retirar um bem da finalidade da execução, ou, como se diz, em *fraude processual*, mediante processo simulado, ou em *fraude contratual* (alienação ou oneração). Incumbe ao Estado, então, recompor o patrimônio, considerando nula, isto é, de nenhum efeito, seja a sentença proferida em colusão entre partes, seja o ato translativo, negocial e voluntário.

Dessa forma, reverbera a dificuldade de diferenciarem-se os negócios jurídicos habituais dos fraudulentos, eis que suas distinções residem, substancialmente, em suas

⁶⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 209.

⁶⁹ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p.304.

⁷⁰ SILVA, Antônio Carlos Costa e, *op. cit.*, p. 512-513.

finalidades⁷¹. Por esse motivo, as hipóteses de fraudes assentam-se positivadas: a fraude contra credores nos artigos 158 a 165 do Código Civil; e a fraude à execução no artigo 792 do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme leciona Araken de Assis, “estas duas formas de fraude se distinguem na medida em que atos dispositivos do devedor às vezes ocorrem na pendência de uma relação processual”⁷². Enquanto a fraude contra credores operar-se através da diminuição patrimonial maliciosa do devedor, com o desígnio de lesar seus credores⁷³, a fraude contra a execução, além de frustrar os interesses particulares do credor, põe em xeque a efetividade da atividade jurisdicional.

Mais especificamente, a fraude contra credores sucede com a disposição patrimonial pelo devedor insolvente, ou na iminência de assim se tornar, com o ânimo de prejudicar seus credores, ou com a intenção de causar-lhes algum dano⁷⁴. É instituto de direito material⁷⁵, positivado nos artigos 158 a 165 do CC/02, de forma que, diferentemente dos demais defeitos juridicamente previstos no Código Civil (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão) – que são defeitos decorrentes de vício de consentimento –, tem sua mácula insculpida em vício social, porquanto as partes (devedor e terceiro adquirente) celebram um negócio com a intenção de prejudicar terceiro (credor).

Assim, tanto a doutrina, como a jurisprudência, apresenta dois requisitos para que se caracterize a fraude contra credores: a) a diminuição patrimonial do devedor que acarrete a sua insolvência – o chamado *eventus damni* (requisito objetivo); b) conluio do devedor e do terceiro adquirente para lesar o credor – o chamado *consilium fraudis*⁷⁶. Além desses, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apontam a necessidade de que os credores sejam quirografários, bem como que os créditos sejam anteriores ao negócio jurídico fraudulento⁷⁷.

Destarte, seguindo o posicionamento majoritário, presentes os requisitos do *consilium fraudis* e do *eventus damni*, o credor prejudicado poderá ajuizar a chamada ação pauliana,

⁷¹ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p.304-305. In: MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil de 73. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.457.

⁷² ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p.305

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p.210. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991, p.372.

⁷⁴ FERRARI NETO, Luiz Antônio. Fraude contra credores vs. fraude à execução e a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ. São Paulo: Revista de Processo, v.36, n.195, maio/2011, p. 211.

⁷⁵ Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra Instituições de direito processual civil, *op. cit.*, p. 142, considera que a fraude contra credores também é instituto de direito processual, ligado à responsabilidade executiva.

⁷⁶ ALMEIDA, Felipe Cunha de. Fraude a credores e à execução: novo Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Revista Jurídica, v.63, n.452, jun./2015, pp.80-81.

⁷⁷ ALMEIDA, Felipe Cunha de, *op. cit.*, p. 81. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *op. cit.*, p.430.

(prevista no artigo 161 do CC/02) como meio de anular a fraudulenta disposição patrimonial (art. 171, II, do CC/02⁷⁸) e, por consequência, reintegrar o bem, disposto fraudulentamente, ao patrimônio do devedor. Desse modo, vê-se que o negócio jurídico fraudulento nasce plenamente eficaz, na medida em que seus efeitos somente serão obliterados através do exercício bem sucedido da ação pauliana⁷⁹.

Nessa mesma vertente, discorre Humberto Theodoro Junior⁸⁰:

Daí a lei desaprovar as alienações fraudulentas que provoquem ou agravem a insolvência do devedor, assegurando aos lesados a ação revocatória para retornar ao acervo patrimonial do alienante o objeto indevidamente disposto, para sobre ele incidir a execução. Essa ação, que serve especificamente para os casos de fraude contra credores, comumente denominada ação pauliana, funda-se no duplo pressuposto do *eventus damni* e do *consilium fraudis*. Aquele consiste no prejuízo suportado pela garantia dos credores, diante da insolvência do devedor, e este no elemento subjetivo, que vem a ser o conhecimento, ou consciência, dos contraentes de que a alienação prejudicará os credores do transmitente, desfalcando o seu patrimônio dos bens que servirem de suporte para a eventual execução. O exercício vitorioso da pauliana restabelece, portanto, a responsabilidade dos bens alienados em fraude contra credores.

Embora o Código Civil preconize expressamente a anulabilidade de negócio realizado em fraude contra credores (arts. 158, 159, 165, 171, II, do CC/02), há quem defenda o posicionamento de que, consoante entendimento de Candido Rangel Dinamarco, trata-se de hipótese de ineficácia relativa, ou seja, de inoponibilidade do negócio em relação a certos credores⁸¹.

Esse posicionamento deve-se ao fato de que a anulação do negócio jurídico importa o retorno do patrimônio do devedor ao *status quo ante*. À vista disso, não só o credor lesado, mas, também, os demais credores serão beneficiados pela ação pauliana, inclusive os supervenientes, que, contraditoriamente, não têm legitimidade para ajuizá-la⁸². Segundo Dinamarco⁸³, não há sentido racional ou ético no fato de os credores sucessivos à alienação se beneficiarem da reincorporação do bem ao patrimônio do devedor, eis que eles não foram vítimas da fraude, bem como o negócio fraudulento não malogrou nenhuma expectativa que legitimamente pudessem esperar. Além disso, o próprio devedor poderá se beneficiar da anulação do negócio

⁷⁸ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 210. In: DINAMARCO, Cândido. Execução Civil, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.263.

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: volume II - processo de execução e cumprimento da sentença: processo cautelar e tutela de urgência. 49. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.189.

⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 212.

⁸² ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp. 306-307.

⁸³ DINAMARCO, Cândido R. Execução civil, *op. cit.*, p. 273.

jurídico, haja vista que o bem retornará ao seu patrimônio e a restituição pecuniária ao terceiro dependerá do ajuizamento de outra ação.

Por outra vertente, tem-se o instituto processual da fraude à execução, o qual, conforme preceitua o artigo 792 do CPC/2015 em suas hipóteses, consiste “na prática, no curso de um processo (de conhecimento ou execução), de ato tendente a subtrair do patrimônio do agente algum bem que, futuramente, seria possivelmente utilizado para satisfação do credor no correspondente processo de execução”⁸⁴.

Não obstante a seriedade do instituto da fraude contra credores, reputa-se muito mais grave a fraude cometida no curso de processo condenatório ou processo executivo⁸⁵, podendo, inclusive, ser objeto de ação criminal (art. 179 CP⁸⁶). Explica-se: neste caso, a alienação ou oneração de bens não atinge apenas o círculo de credores; constitui verdadeira afronta à atuação jurisdicional do Estado, recebendo repulsa imediata e mais severa⁸⁷. Por se tratar de ato atentatório à dignidade da justiça⁸⁸, a fraude à execução poderá ser requerida pelo credor por meio de simples pedido incidental no processo em curso, sem a necessidade de ajuizar-se qualquer ação para desconstituir o ato fraudulento.

Uma vez configurada a fraude à execução, os atos de alienação ou oneração realizados pelo obrigado continuarão a produzir efeitos entre ele e o terceiro adquirente, contudo serão imediatamente reputados ineficazes em relação ao exequente (credor)⁸⁹. Conforme se deduz do próprio nome, a ineficácia do negócio recai sobre o processo executivo, de modo que os bens fraudados continuam sujeitos ao cumprimento coativo da obrigação, independentemente de prévia sentença, como se jamais tivesse ocorrido a alienação ou o gravame.

Posto isto, destaca-se os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior⁹⁰:

O negócio jurídico, que fraudava a execução, diversamente do que se passa com o que fraudava credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exequente. Assim, a força a execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivesse ocorrido. O bem será de propriedade do terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito.

⁸⁴ MELO, Jefferson Douglas Santana de, *op. cit.*, pp.212-213. In: ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. São Paulo: RePro, 2012, 105-220.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p.189.

⁸⁶ Art. 179 - Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante queixa.

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 189. In: LIEBMAN, Enrico Tullio, Processo de Execução. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1963, p.85.

⁸⁸ Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I - fraudava a execução;

⁸⁹ ASSIS, Araken, *op. cit.*, p. 305.

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p.155.

Assim, em suma, pode-se conceituar a fraude à execução como o ato de disposição irregular, operado no curso de processo de conhecimento ou execução, que, com o intuito de se esquivar do princípio da responsabilidade patrimonial, afronta o exequente e a jurisdição, tendo como consequência imediata a ineficácia do negócio jurídico perante o exequente, com eventual responsabilização criminal. Com isso, passa-se à análise dos requisitos para a sua configuração.

2.2. Requisitos da fraude contra a execução

Tendo-se em vista os aspectos introdutórios do instituto da fraude à execução, passa-se a expor acerca dos dois requisitos para a sua declaração, ambos de ordem objetiva: a litispendência e a frustração dos meios executórios.

2.2.1. Litispendência como elemento da fraude

Como primeiro pressuposto, tem-se a pendência de um processo judicial, seja de qual natureza for (conhecimento ou execução)⁹¹. Entretanto, a grande questão reside em saber em qual momento se inicia a “pendência” da ação: após a data da distribuição da petição inicial ou com a citação válida do réu.

Por muitos anos, doutrina e jurisprudência discutiram a controvérsia. Aqueles que eram filiados ao posicionamento minoritário, como a Ministra Nancy Andrighi⁹², defendiam que a fraude poderia ocorrer a partir da simples distribuição do feito, pois, a partir daí, o devedor e o terceiro já deteriam meios para verificar a existência da ação em curso. Além disso, com a necessidade da citação válida, o devedor poderia se utilizar de meios sorrateiros para se esquivar da citação e, com isso, dilapidar o seu patrimônio⁹³.

Entretanto, prevalece até hoje o entendimento de que, para a ocorrência da fraude à execução, é necessária a citação válida do executado⁹⁴. Consoante dispõe o artigo 312 do novo Código de Processo Civil: “considera-se proposta a ação quando a petição inicial for

⁹¹ MELO, Jefferson Douglas Santana de, *op. cit.*, pp.214.

⁹² STJ, REsp n. 618.625-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 11.4.2008.

⁹³ FERRARI NETO, Luiz Antônio, *op. cit.*, pp. 225-226.

⁹⁴ Nesse sentido, entendem os autores Araken de Assis, Fredie Didier Júnior e Humberto Theodoro Júnior. Também a jurisprudência do STJ não destoa de tal orientação, como se infere do julgamento do REsp repetitivo n. 956.943.

protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu, nos efeitos mencionados no artigo 240⁹⁵, depois que for validamente citado”.

Dessa feita, infere-se da leitura da segunda parte do artigo 312, em conjunto com o artigo 240, ambos do CPC/2015, que a pendência da lide perante o réu só inicia a partir da sua citação válida. Antes disso, com a distribuição da ação (artigo 312, primeira parte, do CPC/2015), haverá apenas a constituição da relação jurídica processual entre autor e Estado – a qual, segundo o entendimento majoritário, não é suficiente para ensejar a fraude à execução.

Sob essa compreensão, sublinha-se que os atos praticados pelo devedor antes da citação e após o ajuizamento da ação/execução, não poderão ser considerados como fraude contra a execução. Dessa feita, caso a atuação do devedor resulte em óbice ao adimplemento da obrigação, poderá ser configurada a fraude contra credores, sem, no entanto, poder-se realizar a penhora do bem, independentemente da anulação do negócio por meio de ação pauliana⁹⁶.

Outrossim, necessário enfatizar que a pendência pode se referir tanto ao processo cognitivo, quanto ao processo executivo⁹⁷. Para configurar-se a fraude à execução, a fraude não precisa ocorrer necessariamente no curso de uma execução civil; pode, inclusive, ser declarada na pendência de uma ação criminal que possivelmente gerará um título executivo civil (artigo 515, VI, CPC/2015)⁹⁸.

Posto isto, haverá litispendência do devedor ao processo judicial somente após a sua citação válida, de modo que, somente a partir daí, a alienação de qualquer bem do patrimônio do devedor, que acarrete sua insolvência, poderá ser declarada em fraude à execução.

Firmado isto, passa-se ao estudo do segundo requisito: a frustração do meio executório.

2.2.2. *Frustração do meio executório como elemento da fraude*

A frustração do meio executório sucede quando o executado não mais dispõe do bem da vida almejado pelo exequente, que pode se dar: (a) pela alienação da coisa litigiosa, após a averbação da pendência de processo judicial ou da constrição judicial no respectivo registro público, caso haja (art. 792, incisos I e III, do CPC/2015); (b) pela insolvência do executado

⁹⁵ Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

⁹⁶ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp.308-309.

⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 223.

⁹⁸ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p.309. In: MARQUES, José Frederico. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 769.

(incisos II e IV do art. 792 do CPC/2015); (c) ou demais casos expressos em lei (art. 792, V, CPC/2015).

Tratando-se das primeiras hipóteses (incisos I, II, III do art. 792 do CPC/2015), haverá presunção *jure et jure* da fraude à execução, porquanto há averbação à margem da matrícula do bem. Por outro lado, na última situação (art. 792, IV, do CPC/2015), haverá presunção *juris tantum*, cabendo ao terceiro adquirente provar que foi diligente ao requerer as certidões pertinentes à aquisição do bem⁹⁹.

Em breve paralelo com a fraude contra credores, a frustração do meio executório corresponde à insolvência do devedor (*eventus damni*), com a diferença de que, no caso da fraude material, sempre será necessária a constatação do dano ao credor, enquanto, na fraude processual, é necessária a inexistência de bens penhoráveis, seja em razão do estado de insolvência do devedor, seja pela alienação ou oneração de bem averbado¹⁰⁰.

Assim, presentes os requisitos da litispendência e da frustração do meio executório, poderá ser declarada a fraude à execução. Destarte, passa-se às hipóteses contempladas no CPC/2015.

2.3. Tipicidade da fraude contra a execução

O artigo 792 do Código de Processo Civil de 2015, contempla as hipóteses em que a alienação ou oneração de bem será considerada fraude à execução. Conquanto, antes de se analisar suas situações, importante delimitar o que se entende por ‘alienação’ e ‘oneração’.

No que toca à alienação, define-se como todo e qualquer ato voluntário entabulado entre pessoas vivas em que há a transferência de uma propriedade, com todos os seus direitos inerentes, seja a título oneroso ou gratuito (doação)¹⁰¹. Por outro lado, a oneração é compreendida como a imposição de ônus que limite a faculdade de usar e gozar do bem (penhor, hipoteca, anticrese) e dos direitos sobre coisa alheia (art. 1.225, II a VII, do CC/2002)¹⁰².

Com isso em vista, cumpre sublinhar que qualquer uma dessas formas de disposição patrimonial somente poderá ser considerada fraudulenta caso haja a manifestação de vontade

⁹⁹ Este ponto será aprofundado no terceiro capítulo.

¹⁰⁰ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp.310-311.

¹⁰¹ SILVA, Antônio Carlos Costa e, *op. cit.*, pp.511-512.

¹⁰² ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp.311-312.

do executado. Ou seja, não haverá fraude nas hipóteses de transferência coativa (arrematação, adjudicação judicial, e etc.)¹⁰³.

Além disso, urge apontar que também serão passíveis de declaração de fraude outras espécies de atos e negócios, tais como: dação em pagamento; renúncia à herança; interrupção da prescrição; partilha de bens em separação consensual; dentre outros.

Dessa forma, feita a necessária apresentação desses conceitos iniciais, passasse-se à análise das principais hipóteses de fraude à execução, todas estabelecidas no art. 792 do CPC/15.

2.3.1. *Pendência de ação fundada em direito real ou pretensão reipersecutória*

Conforme se extrai da leitura do inciso I do artigo 792 do CPC/2015, haverá fraude à execução sempre que houver a alienação ou oneração de bem em cujo registro constar a pendência de ação fundada em direito real (ação reivindicatória, ação possessória, ação de usucapião, etc.), ou em obrigação de caráter real (penhor, anticrese, hipoteca, enfiteuse)¹⁰⁴. Nessa hipótese, majoritariamente, doutrina e jurisprudência entendem que a presunção de fraude é absoluta, independentemente da demonstração de insolvência do devedor ou de boa-fé do adquirente.

Em relação ao CPC/73, a redação do inciso sofreu importantes modificações. A primeira digna de nota, foi a introdução do trecho “desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público”. A introdução desse texto deve-se a nova roupagem dada ao artigo, como forma de acabar com a controvérsia que cingia o elemento subjetivo do antigo artigo – a prova de boa ou má-fé do terceiro adquirente.

Com efeito, assim como já era no CPC anterior, não há qualquer divergência quanto à caracterização da fraude à execução no que toca ao executado. Todavia, recaíam inúmeras discussões em relação ao terceiro adquirente e à necessidade de averbação da existência da ação na matrícula do bem alienado. Como não havia qualquer expressa previsão no CPC/1973 quanto à necessidade de averbação de ação fundada em direito real no registro bem, parte da doutrina e da jurisprudência se valia da ‘Lei dos Registros Públicos’ (Lei n. 6.015/73)¹⁰⁵ para sustentar a sua imprescindibilidade. Assim, caso não houvesse registro da demanda na matrícula do bem,

¹⁰³ FERRARI NETO, Luiz Antônio, *op. cit.*, pp. 228.

¹⁰⁴ SILVA, Antônio Carlos Costa e, *op. cit.*, pp. 515.

¹⁰⁵ Art. 168, I, t - No registro de imóveis serão feitas: a inscrição: das citações de ações reais ou pessoais, reipersecutórias, relativas à imóveis”.

caberia ao exequente demonstrar a má-fé do terceiro adquirente, consoante a súmula n. 375 do STJ.

No entanto, outra parte minoritária da doutrina e da jurisprudência pregava a desnecessidade do registro para a configuração da fraude à execução, sob o argumento de que ela seria necessária para tão-somente ampliar os efeitos da fraude para os adquirentes posteriores ao terceiro adquirente, uma vez que seria incumbência deste, ao adquirir o bem, a certificação de que não há pendências judiciais sobre a coisa¹⁰⁶. Desse modo, incumbiria ao terceiro adquirente a prova de que tomou as devidas precauções na aquisição do bem para descaracterizar a fraude.

De toda maneira, o CPC/2015 ampliou a redação do dispositivo, preconizando que, para a presunção absoluta de fraude à execução, será necessária “que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver”. Caso contrário, não será caso de fraude à execução.

Além disso, sublinha-se a ampliação do enunciado normativo do artigo do inciso para os casos de pretensão reipersecutória¹⁰⁷. Com efeito, essa pretensão funda-se em direito sobre a coisa (*jus in re*) e não pertinente à coisa (*jus ad rem*). Assim, sob esse prisma, a pretensão reipersecutória é entendida como o direito que é exercido em virtude de uma obrigação entre o proprietário e o possuidor (ex.: locação), residindo a pretensão sobre a restituição da coisa (ex.: imóvel), e não decorrente dela (ex.: aluguéis).

Isto posto, restará caracterizada a fraude à execução se o devedor alienar ou onerar bem sob o qual penda ação fundada em direito real ou haja alguma obrigação de caráter real averbada no registro do bem.

Nessa senda, ressalta-se a perfeita correspondência com o inciso I¹⁰⁸ do art. 54 da Lei 13.097, segundo o qual os negócios jurídicos que envolvam direitos reais sobre imóveis, não serão eficazes em relação a atos jurídicos precedentes na hipótese em que tenha sido averbado na matrícula do imóvel o “registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias”, demonstrando a clara intenção do legislador em objetivar as hipóteses de fraude.

Nota-se que o dispositivo somente abarca os bens em que há possibilidade de realizar o registro da pendência da ação de direito real ou obrigação reipersecutória, surgindo à

¹⁰⁶ FERRARI NETO, Luiz Antônio, *op. cit.*, pp.230.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Felipe Cunha de, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁸ Lei 13.097, art. 54 - Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

indagação do tratamento quanto àqueles em que também há a pendência judicial, mas não há possibilidade de averbá-la, por conta da ausência de registro do bem (ex.: joias, quadros, computador, etc). Para eles, inseriu-se o § 2º (tema do tópico 3.3), que, por sua vez, dispõe “que 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”. Ou seja, nessa hipótese há presunção relativa de fraude à execução, cabendo ao terceiro adquirente demonstrar a sua boa-fé.

Dessa feita, resta apenas a hipótese em que há alienação de bem, passível de registro, na pendência de ação fundada em direito real, ou pretensão reipersecutória, mas não houve a devida averbação no respectivo registro público. Neste caso, como brevemente já mencionado, não haverá fraude à execução, a não ser que a alienação amolde-se à hipótese do inciso IV, em que deverá ser provada a litispendência e a obliteração do meio executório.

Posto isso, passa-se ao estudo da segunda hipótese objetiva de declaração de fraude à execução: a averbação premonitória.

2.3.2. *Pendência de processo de execução averbado no registro do bem*

Embora não seja uma inovação, somente a partir do CPC/2015 o art. 792, em seu inciso II, passou a constar em seu rol a possibilidade de declaração de fraude à execução com a alienação ou oneração de bem “quando tiver sido averbada, no registro do bem, pendência do processo de execução, na forma do artigo 828”.

Importante instrumento processual acautelatório dado ao credor diligente, a averbação premonitória tem como principal objetivo presumir como fraude à execução as disposições patrimoniais sobre os bens gravados com a certidão da admissão judicial da execução (§4º do art. 828 do CPC/2015¹⁰⁹). Isto é, cria-se presunção absoluta da fraude, dispensando-se a demonstração dos demais requisitos da fraude à execução, como a insolvência ou a comprovação de má-fé, ainda que não haja o registro da penhora (art. 844¹¹⁰)¹¹¹.

Destaca-se, desde já, assim como na hipótese anterior (*retro* 2.4.1), a conformidade entre essa modalidade de fraude e o inciso II do art. 54 da Lei 13.097/15, em que se dispõe que o negócio jurídico envolvendo imóvel, somente não será eficaz em relação aos atos jurídicos

¹⁰⁹ Art. 828, § 4º - Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

¹¹⁰ Art. 844 – Para a presunção absoluta de conhecimento por terceiro, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante a apresentação de cópia do autor ou do termo, independentemente de mandado judicial.

¹¹¹ ALMEIDA, Felipe Cunha de, *op. cit.*, p.93.

pretéritos com a “averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”, correspondente, agora, ao art. 828 do CPC/2015.

Grifa-se que esta ferramenta foi criada como forma de dar maior publicidade à execução promovida pelo credor, com vista à maior efetividade da atividade jurisdicional, bem como a proteção do terceiro adquirente da real situação jurídica do bem comercializado¹¹². Contudo, a averbação, por si só, não impede a alienação/onerção do bem. Ela opera como um informe aos pretensos adquirentes da pendência da ação executiva e uma medida de segurança aos interesses do exequente¹¹³. Assim, caso terceiro persista na aquisição do bem, estará assumindo o risco da possível de declaração de ineficácia do negócio jurídico perante o exequente.

Sublinha-se que a grande vantagem dessa hipótese reside no fato de que há antecipação do marco temporal para a declaração de fraude à execução, isto é, não é necessário esperar a citação válida do executado. A partir do momento em que for realizada a averbação da certidão, a alienação ou oneração do bem constricto já ensejará a fraude à execução.

Em outro vértice, consoante disposto na hipótese do artigo 792, a averbação da certidão premonitória é de providência exclusiva do exequente. Caso não seja realizada, a decretação a fraude à execução dependerá da demonstração de todos os requisitos que compreendem o inciso IV do art. 792 do CPC/2015, bem como a ciência do adquirente quando a ação pendente capaz de levar o devedor à insolvência.

Desse modo, afere-se que “o exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa” (art. 828 do CPC/15). Destarte, como será necessário o prévio controle do órgão jurisdicional de admissibilidade da execução¹¹⁴, o exequente somente poderá obter a certidão após o despacho da inicial¹¹⁵, presumindo-se a fraude tão logo seja averbada.

Cumprе rememorar que o CPC/1973, em seu artigo 615-A – introduzido pela Lei 11.382/2006 –, já trazia a hipótese de averbação da demanda executiva no registro do bem,

¹¹² DUTRA, Fernanda Arruda. Fraude de execução e efetividade da prestação jurisdicional. São Paulo: Revista Iob de Direito Civil e Processual Civil, v.13, n.96, jul./ago. 2015, p.91.

¹¹³ LAMY, Eduardo Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter; A averbação premonitória do recebimento da execução: um retrocesso do novo cpc? Florianópolis: Editora Conceito, 2015, p.213.

¹¹⁴ LAMY, Eduardo Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter; A averbação do ajuizamento da ação (art. 615-A do CPC): Análise do procedimento, aplicação para além da execução por quantia certa e a previsão no projeto do novo código de processo civil. pp. 55-56.

¹¹⁵ Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

porém, com uma grande vantagem: a certidão prescindia do juízo de admissibilidade. Tão logo a execução era distribuída, eis que a certidão representava o ajuizamento da demanda, o exequente já poderia obtê-la diretamente no cartório da distribuição, porém, agora, a certidão representará que “a execução foi admitida pelo juiz”.

Nessa senda, pertinente a crítica de Marcus Vinícius Motter Borges e Eduardo Avelar Lamy¹¹⁶:

Parece claro que todos os ideais de celeridade, efetividade e, em especial, simplicidade para obter a certidão que, repita-se, nortearam a Lei instituidora do instituto, não foram contemplados. Vislumbram-se, numa prima análise, quatro problemas: (a) a tramitação morosa dos processos, notadamente, no lapso entre o - protocolo da inicial, a autuação, a distribuição por sorteio, o encaminhamento dos autos à vara, o recebimento pelo cartório, a “conclusão” ao juiz, a espera no gabinete do juiz pela ordem cronológica e, finalmente, o despacho inicial - em determinados foros congestionados, certamente, colocará fim a celeridade do instituto; (b) a necessidade de se aguardar uma decisão judicial, logo após a propositura da ação, para obtenção da certidão, com certeza, fulminará a questão da simplicidade equiparando o procedimento da averbação, numa comparação simplória, ao requerimento de provimento liminar em qualquer tipo de tutela de urgência ou evidência; (c) logo após a distribuição a execução já passa a estar cadastrada nos sistemas de automação dos tribunais, permitindo consulta pública pela internet e, assim - como já exemplificado anteriormente - o devedor contumaz poderá, ao tomar ciência do protocolo da ação via, por exemplo, *website* do tribunal, iniciar a dilapidação de seu patrimônio antes do juiz “despachar a inicial”, (admitindo a execução e o possibilitando ao credor obter a certidão para preceder a averbação) o que não configuraria a fraude contra a execução.

Ante a nova redação do enunciado normativo da averbação premonitória, salta aos olhos os inúmeros “percalços” que existem até a obtenção da certidão, que, sem sombra de dúvidas, fragilizou a efetividade desse instrumento. Dessa forma, os autores continuam:

É certo que o NCPC traz uma série de prazos as serem cumprimentos pelo serventuário e pelo juiz. Assim, o serventuário terá o prazo de um dia para remeter os autos conclusos ao juiz (art. 228, NCPC) e este terá o prazo de cinco dias (art. 226, I, NCPC) para proferir despachos. Em tese, então, em pouquíssimos dias, contados a partir de quando os autos chegaram ao escrivão no cartório, a certidão estará disponível. O problema é que o NCPC, salvo melhor juízo, não traz nenhuma previsão de prazo para a distribuição da inicial, bem como para o encaminhamento dos autos ao cartório e reside, neste lapso, um dos gargalos da tramitação inicial dos autos. Ou seja, após chegar ao cartório o exequente poderá obter a certidão em poucos dias, no entanto, o problema é *quando* os autos lá chegarão. Não se pode olvidar, ainda, da possibilidade de dilação do prazo do juiz pelo próprio juiz ou de eventual “suspensão de ano novo” dos prazos o que, em ambas as situações, aumentará o prazo de espera pela certidão.

Dessa maneira, na direção interdita do princípio da efetividade e da celeridade, evidente o retrocesso trazido pela redação do artigo 828 do CPC/2015, a qual talhou uma das principais características do instituto – a simplicidade –, prejudicando não só o exequente, como também o terceiro adquirente. Evidente que o instituto remanesce com suas vantagens, porém,

¹¹⁶ LAMY, Eduardo Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter, *op. cit.*, p.56.

o tempo entre a distribuição da ação até o despacho inicial pelo magistrado, representa temerosa “vantagem” ao devedor, abrindo azo até mesmo para o esvaziamento do instituto.

Impende ressaltar, por fim, que, na hipótese em comento (art. 792, II, do CPC/2015), assim como já ocorria no CPC/73, o devedor é resguardado quanto a promoção indevida de averbações (ex.: injustificadas averbações de bens que extrapolem o valor devido) ou no caso do credor não cancelar as averbações remanescentes, após a realização da penhora de bens suficientes para cobrir o valor da dívida, no prazo de 10 (dez) dias. Nesse caso, por força do § 5º do artigo 828 do CPC/2015, o executado terá direito à indenização, mediante o ajuizamento de ação autônoma.

Assim sendo, destaca-se o potencial desta ferramenta como medida preventiva contra negócios jurídicos fraudulentos, que, em igual medida, protege o exequente contra a dilapidação patrimonial do devedor e informa o terceiro adquirente de boa-fé quanto a pendência que paira sobre o bem, malgrado a ausência de constrição no registro do bem.

Isto posto, entra-se na última hipótese objetiva da fraude do art. 792 do CPC: a averbação de constrição judicial na matrícula do imóvel.

2.3.3. *Averbação de hipoteca judiciária ou outro ato de constrição no registro do bem*

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi elencada como hipótese de fraude à execução, no inciso III do artigo 792, a 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”.

Considerada por Cândido Rangel Dinamarco como a “mais grave das infrações fraudulentas”¹¹⁷, este dispositivo foi inserido no elenco de fraudes à execução para dar ponto final à recorrente discussão que permeava a doutrina e a jurisprudência quanto ao enquadramento da alienação de bem hipotecado judicialmente (ou penhorado, ou arrestado, ou sequestrado) como fraude à execução. Muitos doutrinadores, como Luiz Guilherme Marinoni, alegavam que a ineficácia da alienação de bem constricto se dava unicamente em razão da penhora, não se sujeitando ao regime da fraude à execução e seus requisitos¹¹⁸. Conquanto, este argumento caiu por terra a partir do Código de Processo Civil de 2015, permitindo-se, dentro do processo judicial em que se originou a constrição, aduzir-se a fraude à execução, desde que haja o registro na matrícula do imóvel.

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p.398.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, p.266.

No mesmo movimento das hipóteses anteriores, que buscam objetivar as modalidades de fraude à execução, a Lei n. 13.097/15 preconiza, em seu art. 54, inciso III, que a disposição de bem imóvel somente não será eficaz ao atos jurídicos pretéritos quando haja “averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”, atual inciso III do art. 792 do CPC/2015.

Com o registro da constrição judicial, a alienação ou oneração do bem será plenamente ineficaz perante a execução, independentemente da solvência ou não do executado¹¹⁹, de modo que será inoponível a arguição de boa-fé pelo terceiro adquirente. Isto se deve ao fato de que o registro da constrição faz prova pré-constituída¹²⁰. É dever social do adquirente “verificar a situação patrimonial daquele que irá transferir ou gravar um bem, examinando, se for o caso de bem imóvel o seu histórico cartorário, procedendo, mais ainda, em relação ao atual e anteriores proprietários, a um crivo generalizado junto ao foro cível, através da coleta de negativas forenses”¹²¹.

Assim como ocorre no inciso I e II, a ausência de averbação no respectivo registro do bem, por si só, não descaracteriza a fraude à execução. No entanto, será necessária a demonstração da ciência do terceiro adquirente quanto à constrição. A grande diferença entre a existência do registro, ou não, reside no fato de que, realizada a averbação, esta gerará a presunção absoluta de ciência do terceiro adquirente, por sua publicidade *erga omnes*, de modo que todas as alienações ou onerações posteriores restarão ineficazes em relação ao exequente¹²². Em se tratando de bem não registrável, conforme o § 2º do art. 792, deverá ser demonstrada a boa-fé do terceiro adquirente, mediante a apresentação das certidões negativas judiciais da comarca de residência do alienante e do local do bem.

Dessa forma, após concluir-se a apresentação das hipóteses objetivas, em que há presunção absoluta de fraude à execução, urge realizar breve explanação acerca da hipótese subjetiva de fraude à execução, sobre a qual, grifa-se, residem as maiores controvérsias.

¹¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 226.

¹²⁰ DUTRA, Fernanda Arruda, *op. cit.*, p.93.

¹²¹ ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 226. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fraude à execução. São Paulo: Revista dos tribunais, p.8

¹²² FERRARI NETO, Luiz Antônio, *op. cit.*, pp.236.

2.3.4. *Pendência de ação capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência*

A alienação de bem durante o trâmite de ação capaz de levar o devedor à insolvência trata-se de modalidade clássica de fraude à execução. Com a necessária distinção das hipóteses anteriores, observado o seu elemento subjetivo, esta modalidade de fraude está disposta no inciso IV do artigo 729, do CPC/2015: “quando, ao tempo da alienação ou oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”.

Inicialmente, cumpre apontar que seu texto normativo do inciso permanece quase intacto em relação ao art. 593 do CPC/73, de modo que houve apenas a substituição do termo ‘demanda’ por ‘ação’.

Ato contínuo, conforme se depreende da sua redação, esta modalidade possui algumas particularidades em relação às anteriores. Primeiro, vê-se que não é uma coisa o objeto do negócio que constitui a coisa litigiosa¹²³, mas pecúnia, de modo que necessitará de tantos quantos forem os bens penhoráveis para satisfazer o crédito – assim como disposto no já mencionado art. 789.

Além disso, repisa-se que não é necessário que o processo em curso seja necessariamente executivo¹²⁴; se o devedor alienar ou onerar bens no curso do processo de conhecimento, com a intenção de obstar a total, ou parcial, satisfação da obrigação, impedirá, por decorrência, a consecução da futura execução, visto que, ao seu final, não haverá bens suficientes para o seu adimplemento¹²⁵.

Ao contrário dos incisos anteriores que estabelecem hipóteses objetivas, a declaração de fraude à execução por insolvência do devedor depende, além da litispendência e da inviabilização dos meios executórios, da prova da má-fé do terceiro adquirente, conforme estabelece a orientação do STJ no enunciado da súmula n. 375. E, exatamente por conta dessa característica, que residem as maiores divergências do instituto da fraude à execução¹²⁶. A convicção do magistrado na análise de prova que demonstram a intenção ou a ciência de um agente é sempre um desafio, pois, muitas vezes “a verdade poderá ficar restrita ao domínio do pensamento das partes, sem revelação ao julgador”¹²⁷.

¹²³ ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 222.

¹²⁴ MELO, Jefferson Douglas Santana de, *op. cit.*, p.224.

¹²⁵ SILVA, Antônio Carlos Costa e, *op. cit.*, pp.518.

¹²⁶ Tema objeto do terceiro capítulo.

¹²⁷ ANDRIGHI, Fátima, Nancy. Fraude de execução: o Enunciado 375 da Súmula/STJ e o Projeto do novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2014. p.361.

Por outro lado, impende destacar que não é qualquer pendência que ensejará a configuração da fraude à execução; trata-se somente daquelas que possam levar o devedor à insolvência. Assim, por exemplo, mesmo que o devedor responda a muitas ações condenatórias, se elas não forem capazes de aniquilar o seu patrimônio, não será perfectibilizada a fraude à execução. Porém, como leciona Costa e Silva, “a partir do momento em que as satisfações futuras possam ser comprometidas, então está patente a redução à insolvência”¹²⁸.

Outrossim, importante apontar que a sentença de ação penal condenatória somente terá eficácia civil de título executivo judicial após o seu trânsito em julgado, de modo que, apenas a partir deste momento, será possível a arguição de fraude à execução.

Nessa mesma vertente, o processo arbitral não pode ser considerado para efeitos de fraude à execução, visto que a sua sentença tem natureza de título executivo extrajudicial. Somente a partir da citação da execução cível poderá ser configurada a fraude à execução¹²⁹.

Por fim, destaca-se que, caso seja declarada a fraude à execução, e haja a alienação e/ou oneração de vários bens em momentos diferentes, nem todos os negócios jurídicos poderão ser considerados ineficazes em relação ao credor. Somente serão atingidos aqueles após a insuficiência patrimonial para satisfazer a obrigação, de modo que serão afetados em ordem regressiva até alcançar a monta necessária para o integral adimplemento das prestações devidas¹³⁰.

Com isto, encerrada a apresentação das tipificações de fraude à execução do CPC/2015, impõe-se, por fim, explicar o procedimento utilizado para a sua concretização deste instituto e os efeitos que dele emanam.

2.4. Procedimento e efeitos da declaração de fraude à execução

Embora seja um instrumento processual de grande valia para a proteção da eficácia da execução e, por reflexo, da atividade jurisdicional do Estado, a fraude à execução ainda padece de clareza quanto ao seu procedimento. Em uma tentativa, ainda insípida e pouco conclusiva, de desobscurecer essa questão, inseriu-se no Código de Processo Civil de 2015 o § 4º ao art. 729, o qual atesta que, “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”.

¹²⁸ SILVA, Antônio Carlos Costa e, *op. cit.*, pp.519.

¹²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 223-224.

¹³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 223-224. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. São Paulo: RT, 1986, p.228.

Cumpra apontar que, conforme entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, que apenas o exequente está legitimado para arguir a fraude à execução¹³¹. Dessa forma, a declaração de existência de fraude à execução será processada no corpo da própria execução, por meio de simples petição incidental. Eventual controvérsia será dirimida nos mesmos autos, cuja sucinta cognição judiciária se restringirá aos requisitos (*retro*, 2.2) e à tipicidade (*retro*, 2.3.) da fraude. Caso a discórdia se alongue, as partes serão encaminhadas às vias ordinárias¹³².

Superado isso, antes de declarar a fraude à execução, incumbe ao magistrado intimar o terceiro adquirente para, no prazo de 15 (quinze) dias, opor embargos de terceiro (§ 4º do art. 792 do CPC). Transcorrido o prazo fixado pelo parágrafo, precluirá a oposição dos embargos para fins do art. 675, caput, do CPC/2015 – conforme enunciado da Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados)¹³³. Contudo, caso sejam opostos, dever-se-á esperar o seu trâmite, de modo a oportunizar a defesa do terceiro adquirente quanto à existência da fraude e da pretendida sujeição de seus bens ao processo¹³⁴.

Por fim, o magistrado poderá declarar, ou não, a fraude à execução – sendo esta decisão passível de agravo¹³⁵. Reconhecida a fraude, o negócio jurídico realizado entre executado e terceiro adquirente será ineficaz em relação à execução, agindo a execução sobre o bem como se jamais tivesse ocorrido a alienação/onerção. Assim, após a sua expropriação, o juiz da execução mandará registrar o título (alienação, carta de arrematação ou adjudicação) na matrícula do imóvel, independentemente do registro fraudulento¹³⁶. Restará ao terceiro adquirente o ajuizamento de ação condenatória em face do executado para reaver o valor do bem.

Assim sendo, após explanar-se o instituto da fraude à execução por meio de seu conceito, seus requisitos, suas hipóteses e, por fim, seu procedimento, evidencia-se o importante papel dentro da execução civil, como meio de combater as ilusórias negociações patrimoniais realizadas por devedores de má-fé. Porém, nota-se, em igual medida, os diversos óbices criados para a eficiência desse instituto.

¹³¹ Leciona Araken de Assis que: “Nada obstante se encontrar documentada a fraude no processo – basta cotejar a data da citação com a data do negócio -, o juiz não pode pronunciá-la *ex officio*. Não cabe ao órgão judiciário interferir na esfera jurídica do terceiro, sem pedido expresso do exequente, gerando situação análoga à que decorria da procedência da pauliana”. (ASSIS, Araken de, *ob.cit.* 324). Neste mesmo sentido posicionam-se Ricardo Chemale Selistre Pena; Frederico Fontoura da Silva Cais; José Eli Salmacha; e Olavo de Oliveira Neto.

¹³² ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp.324-325.

¹³³ ENFAM - 54) A ausência de oposição de embargos de terceiro no prazo de 15 (quinze) dias prevista no art. 792, § 4º, do CPC/2015 implica preclusão para fins do art. 675, caput, do mesmo código.

¹³⁴ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp.326.

¹³⁵ STJ, REsp.3.338/SC, 3ª Turma, 14.08.1990, Rel. Min. Cláudio Santos, p. 9.127.

¹³⁶ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp.326.

Destarte, caberá ao próximo capítulo esmiuçar a emaranhada situação que compreende o requisito subjetivo da fraude, com vista a propor uma solução que traga igual segurança jurídica ao credor e ao terceiro adquirente.

3. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA FRAUDE À EXECUÇÃO

Após percorrer-se os principais institutos que formam a temática deste estudo, abordar-se-á nesse terceiro e último capítulo, de maneira aprofundada, a controvérsia em torno de um dos melhores mecanismos de salvaguarda à execução: a declaração de ineficácia dos atos reputados em fraude.

Embora já tenha sido objeto de Enunciado de súmula (n. 375/STJ) e, posteriormente, de Recurso Especial repetitivo (n. 956.943), remanesce na jurisprudência e na doutrina grande divergência quanto à atribuição do ônus de provar a ciência, ou não, do terceiro adquirente acerca da fraude na execução. Nada obstante, esperava-se que o Código de Processo Civil de 2015 colocasse fim à discussão, de modo a sedimentar algum entendimento ou, pelo menos, estabelecer requisitos objetivos para a configuração da boa-fé do adquirente. No entanto, embora algumas redações do dispositivo durante o trâmite do projeto de lei no congresso tenham gerado a falsa expectativa de pacificação do debate, a redação final do dispositivo restou imprecisa, de modo que, sem sombra de dúvidas, remanescerá o histórico debate acerca do tema.

3.1. A Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça

Ante as inúmeras controvérsias que cingiam os requisitos para a configuração da fraude à execução na alienação ou oneração de imóveis, mormente em relação à necessidade de registro da penhora, o STJ, em 2009, editou o enunciado da súmula n. 375 como forma de estabelecer uma orientação. No entanto, contraditoriamente, o assunto ainda está em aberto.

Dessa forma, nesse tópico realizar-se-á a explanação acerca do histórico que levou a elaboração dessa súmula, a forma como ela foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro e os diferentes posicionamentos que surgiram a partir dela.

3.1.1. Histórico de sua elaboração

A controvérsia que deu ensejo à elaboração do enunciado da súmula n. 375 do STJ inaugurou-se antes mesmo do sistema constitucional vigente.

Embora não estivesse elencada nas hipóteses do art. 593 do CPC/1973, a alienação ou oneração de bem penhorado já era entendida, por boa parte da doutrina e jurisprudência, como passível de declaração de ineficácia, conquanto condicionada à identificação de todos os demais requisitos estabelecidos no inciso II do art. 593 do CPC/1973: litispendência e insolvência do alienante.

Ao contrário do que agora estabelece a hipótese do inciso III do art. 792 do CPC/2015 (*retro* 2.4.3), o termo inicial dos atos reputados ineficazes ocorria antes da penhora, mais especificamente, na citação do devedor, que poderia ser tanto no processo de conhecimento, no processo cautelar, ou no processo de execução. Justamente por isso, Araken de Assis, em sua obra, afirmava “a insensatez da controvérsia sobre a obrigatoriedade do registro da penhora”¹³⁷, pois haveria fraude à execução em razão da alienação do bem penhorado que levou o executado à insolvência, não simplesmente porque ele estava constricto.

Nos idos da década de 90, o Supremo Tribunal Federal¹³⁸ – até então responsável por dirimir controvérsias infraconstitucionais –, posicionava-se na direção de que, inexistindo registro na matrícula do bem quanto à constrição ou ações reais ou reipersecutórias, na forma da Lei 6.015/73¹³⁹, caberia ao credor provar a ocorrência de fraude à execução. Nessa esteira, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o STJ continuou, por certo tempo, a julgar conforme esta orientação.

Inobstante, durante e após esse período, o instituto da fraude à execução foi alvo constante de críticas e grandes divergências na doutrina e na jurisprudência. A primeira delas cingia-se à legitimidade do terceiro adquirente para opor embargos de terceiro na ausência de registro do contrato de compra e venda do imóvel.

No paradigmático julgamento do REsp 188/PR, posicionou-se o relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim como o Ministro Barros Monteiro, no sentido de que somente com o registro do contrato de compra e venda do imóvel o adquirente teria efeito de oponibilidade *erga omnes*; enquanto não registrado, o direito do adquirente seria apenas pessoal. Dessa forma, a simples posse do imóvel pelo terceiro adquirente, ainda que de boa-fé, não seria suficiente para legitimar a sua defesa por meio de embargos de terceiro, consoante

¹³⁷ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p.315.

¹³⁸ “Ação de Execução proposta em 10.07.1978, não constando do registro imobiliário a sua inscrição na forma da Lei 6.015/73, art. 167, I, n. 21. A venda do imóvel em 23.02.1981, dois anos depois. Embargos de terceiro. Sua Admissibilidade. Não havendo a inscrição, de que fala a Lei 6.015/1973, art. 167, n. 21, incumbe ao credor o ônus de provar a fraude de execução. Agravo Regimental que nega provimento”. (STF, AgRg no AgIn 96.838/SP, 1ª T., julgado em 20.03.1984, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 13.04.1984).

¹³⁹ Lei n. 6.015 – art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I – o registro: 5) das penhoras, arrestos e sequestros; 21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

enunciado da súmula 621/1984 do STF: “Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis”.

Entretanto, era notória a fragilidade da orientação da Suprema Corte, sobretudo pela crescente urbanização em áreas desprovidas de serviços públicos, cujas alienações davam-se, na maioria das vezes, em contratos informais, especialmente envolvendo camadas mais pobres da população, por se tratar de áreas desprovidas de registro público e, muitas vezes, irregulares.

Nessa vertente, o Ministro Athos de Gusmão Carneiro, assim como os demais julgadores da Quarta Turma do STJ, optou por divergir do relator. O Ministro arguiu que, embora o imóvel, sob o plano registral, ainda pertença ao alienante, necessário ter-se em conta a realidade da sociedade da época. Muitas vezes, apesar de ser possuidor de boa-fé e ter, inclusive, quitado o imóvel adquirido, o terceiro era surpreendido pela penhora e posterior expropriação da sua casa, sem ter nem ao menos a possibilidade de se defender.

Diante disso, ponderando-se o direito pessoal do credor e o direito pessoal do adquirente, a Quarta Turma do STJ optou por “prevaler o direito daquele que está na justa posse do imóvel (...) face ao direito do credor, dêse que ausente, por certo, qualquer modalidade de fraude contra credores ou à execução” (grifou-se).

Este julgamento foi o ponto de partida para a edição do enunciado da súmula n. 84/1993 do STJ, em que restou afastada a superada orientação da Súmula n. 621 do STF. Nela, sedimentou-se o posicionamento de que “é admissível a oposição de embargos de terceiros fundado em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro”. Desta súmula sobrevieram diversos julgados, sempre no sentido de permitir a defesa do terceiro adquirente por meio de embargos de terceiro, mesmo que não realizado o registro da transferência do imóvel.

Visto isso, nota-se, embora insípida, a propensão da Corte Superior em proteger o terceiro de boa-fé e as transações imobiliárias, contudo, neste caso, a despeito da “fé pública registral”.

Ato contínuo, no julgamento do REsp 113.871/DF, ao enfrentar um caso que envolvia a declaração de fraude à execução de bem imóvel, o Ministro César Asfor Rocha fundamentou, consoante preceituava majoritariamente a jurisprudência, sob observância do art. 593, II, do CPC/73 (atual art. 792, IV, CPC/15 - *retro*, 2.3.4.), que, para a declaração de fraude à execução, a alienação ou oneração de imóvel deveria conter, concomitantemente, os seguintes elementos:

- a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba da existência da ação – ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque o exequente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; e c) que a

alienação ou oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a presunção *juris tantum*.

Desta decisão, emanaram diversas divergências, como o momento processual em que se poderia configurar a fraude (*retro* 2.2.1.), assim como a obrigatoriedade do registro da penhora na matrícula do imóvel para torná-la plenamente válida.

Com isso em vista, reforçado pela omissão da legislação processual civil acerca das indagações¹⁴⁰, acrescentou-se o § 4º ao art. 659 do CPC/73, por meio da Lei 8.953/1994, que passou a estabelecer que “a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”.

Malgrado a adequada intenção legislativa, a introdução deste dispositivo recebeu fortes críticas por grande parte da doutrina quanto à sua redação, posto que restou ambígua. Não estava claro qual a finalidade da exigência e a consequência da sua não observância. Caso o registro fosse entendido como parte integrante da penhora de imóvel, o prazo para embargos à execução do executado correria somente após o seu registro. Contudo, se o seu objetivo fosse somente criar presunção de conhecimento da penhora, por parte do terceiro, sua omissão ou retardamento não influenciaria no prazo, apenas traria prejuízo ao exequente quanto à presunção de ciência desse terceiro¹⁴¹.

Vale repisar que, antes mesmo da Lei 8.953/1994, já se discutia a obrigatoriedade do registro da penhora para a configuração da fraude à execução, por inferência do art. 240¹⁴² da Lei 6.015/73 e, também, pelo art. 169¹⁴³, da mesma lei, que já preceituava que todos os atos enumerados no art. 167, dentre eles, a penhora, seriam obrigatórios.

Estabelecida essa controvérsia, prevaleceu o entendimento, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, de que a penhora se concretizaria plenamente dentro do processo, na medida em que a averbação no registro do bem visaria apenas dar publicidade, a terceiros, do ato de constrição, sob a função preventiva e probatória¹⁴⁴. Isto é, com a citação do devedor e a realização da penhora, com ou sem registro, poderia ser deflagrada a fraude à execução. Porém, no caso de ausência de registro, presumir-se-ia a boa-fé do adquirente, passível de prova em contrário.

¹⁴⁰ MAIDAME, Márcio Manoel. Fraude à execução, adquirente de boa-fé, art. 615-A do CPC e a súmula 375 do STJ. Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, São Paulo, n.94, jan./2011, p.75.

¹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 268.

¹⁴² Lei 6.015/73, art. 240 - O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.

¹⁴³ Lei 6.015/73, art. 169 - Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo:

¹⁴⁴ SALGADO, Fabiana Cristhina Almeida Probst. Comentários à Súmula 375 do STJ. Revista de Direito Imobiliário, Sao Paulo, v.34, n.70, jan./jun. 2011, p. 328.

Neste diapasão, colhe-se o voto do Ministro Sálvio de Figueira Teixeira no REsp 186.633/MS¹⁴⁵:

Segundo entendimento que tem sido acolhido no Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes das inovações trazidas com a “Reforma”, para a caracterização da fraude de execução, ao exequente, que não providenciou o registro da penhora, cabe provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em conção judicial.

Em suma, a controvérsia ocorria quanto ao registro da penhora na matrícula do imóvel ser condição para a consumação da conção, na medida em que restou fixada a orientação de que, com o registro da penhora, haveria eficácia imediata perante o devedor e terceiros. Entretanto, na sua ausência, o autor só ampliaria a alçada de seus efeitos e, conseqüentemente, poderia obter a declaração de fraude à execução, ao demonstrar cabalmente que o terceiro tinha ciência da conção sob o bem.

Nessa direção, seguia Cândido Rangel Dinamarco¹⁴⁶:

Dada sua finalidade em relação a terceiros, essa exigência não pode ser interpretada como formalidade essencial à existência do ato jurídico penhorado. Sem seu cumprimento, a penhora existe e será válida sempre que atenda às demais exigências formuladas em lei. Só poderá não ser eficaz em relação a terceiros. Aí está a grande importância da inovação trazida por esse parágrafo: sem ter sido feito o registro, aquele que adquirir o bem presume-se não ter conhecimento da pendência de processo capaz de conduzir o devedor à insolvência. A publicidade dos atos processuais passa a ser insuficiente como regra presuntiva de conhecimento. A consequência prática dessa nova disposição será a inexistência de fraude à execução capaz de permitir a responsabilidade patrimonial do bem alienado, sempre que a penhora não esteja registrada no cartório imobiliário. Se o adquirente opuser embargos de terceiro e não se caracterizar o conhecimento da penhora por outro meio, seus embargos procederão.

Nesse cenário, para dar cabo a qualquer interpretação contrária, a Lei 10.444/2002 e, posteriormente, a Lei 11.382/2006 – essa última apenas para adequar à reforma do processo executivo –, modificaram o texto do § 4º do art. 659 do CPC/73, conferindo-lhe a seguinte redação final:

A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art.652 § 4º), providenciar para presunção absoluta de conhecimento de terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

Diante dessa redação, restou aniquilada qualquer possibilidade interpretativa da averbação da penhora no registro do bem ser condição integrativa do ato, sedimentando-se

¹⁴⁵ STJ, REsp n. 186.633/MS, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueira Teixeira, DJ 1.3.1999.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 269.

como instrumento do exequente para publicizar a constrição e criar presunção absoluta de ciência do terceiro.

Também em razão disso, editou-se a Lei n. 11.382/2006, decorrente da Reforma da Execução de Títulos Extrajudiciais, com a introdução do art. 615-A ao CPC/73, para, ao fim e ao cabo, preservar os bens passíveis de satisfazer o crédito do credor, e que ainda não tivessem sido objeto de penhora, dando publicidade *erga omnes* aos atos de ajuizamento de execuções¹⁴⁷.

Sob esse prisma, reverbera o crucial papel da boa-fé do terceiro adquirente e as diferentes maneiras como ela é encarada na fraude à execução. Candido Rangel Dinamarco¹⁴⁸, ao discorrer sobre o tema, sustentou, em outras palavras, que a penhora, assim como o processo jurisdicional, é ato público, motivo pelo qual deveria ser entendido como ônus do adquirente a sua pesquisa, correndo os riscos de eventual imprudência ou erro. Para ele, a boa-fé não deveria ser levada em consideração para a configuração da fraude, uma vez que o executado poderia valer-se da desinformação de um terceiro para malograr a execução.

Contudo, ao contrário desse posicionamento, mas levando em consideração toda a construção histórica aqui explanada, o STJ, em 2009, editou o enunciado da súmula n. 375, *in verbis*: “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Dessa forma, estabeleceu-se a má-fé como requisito para a fraude à execução e, ainda, atribuiu a sua demonstração ao exequente. Decorrente disso, como se verá adiante, obliterou-se quase por completo a efetividade do inciso II do art. 593 do CPC/73.

3.1.2. *Aplicação e diferentes interpretações*

Na tentativa de sedimentar o controverso assunto, a súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça trouxe muito mais questionamentos do que soluções à fraude à execução. Inicialmente, deve-se ter em conta que, ante a alienação ou oneração de um bem em fraude à execução, que agravará a situação patrimonial ou levará o devedor à insolvência (art. 792, IV, do CPC/2015; art. 593, II, do CPC/73), dificilmente todas as partes serão protegidas. Caso não seja declarada a fraude, a execução restará inviabilizada e o credor suportará o prejuízo, uma vez que o devedor, por já se encontrar insolvente, não terá patrimônio para satisfazer a

¹⁴⁷ KLEIN, Frederico. Comentários ao art. 615-a do CPC - Da averbação da certidão de ajuizamento de execução. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 44, ago 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2193>

¹⁴⁸ DINAMARCO, Candido Rangel, *op. cit.*, p. 286.

obrigação. Em contrapartida, reconhecida a fraude, ainda que haja o direito de regresso, muito dificilmente o terceiro adquirente receberá a restituição do seu investimento, pelo mesmo motivo da hipótese do credor¹⁴⁹.

Assim sendo, evidenciado que na fraude à execução possivelmente alguma parte sairá prejudicada, o STJ optou por proteger o terceiro adquirente de boa-fé, mesmo que à custa do credor. Essa opção restou clara mediante a fixação do requisito subjetivo para a declaração da fraude na execução, à semelhança da fraude contra credores, que depende do *consilium fraudis* e do *eventus damni*. Relembra-se: “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente” – com referência ao art. 593, II, e 659, § 4º, ambos do CPC/73.

Referido posicionamento jurisprudencial visivelmente buscou tornar as aquisições imobiliárias mais seguras, de modo a evitar que o comprador de boa-fé fosse surpreendido pela existência de uma ação desconhecida que acarretasse a ineficácia da aquisição do seu imóvel.

Cumprido apontar que o enunciado da súmula 375 do STJ não preconiza que a penhora seja condição imprescindível para a configuração da fraude em relação a bens imóveis¹⁵⁰. Mesmo que ela não se consubstancie, a alienação ou oneração poderá ser declarada fraudulenta, desde que seja posterior à citação do devedor e o tenha levado à insolvência, a depender, por fim, da demonstração de má-fé do devedor.

Embora a leitura restrita do artigo 593, II, do CPC/73 indicasse que, para a perfilação da fraude à execução, bastaria a litispendência e a decorrente insolvência do devedor, sem a presença de qualquer requisito subjetivo, por interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência majoritárias¹⁵¹, que influenciaram a edição da súmula, estabeleceram que a declaração da fraude dependeria, também, da caracterização do requisito subjetivo da prova de má-fé do adquirente, ou, pelo menos da demonstração de que o terceiro não tomou as mínimas diligências cabíveis.

Esse posicionamento reconhecia a possibilidade de o terceiro adquirir o bem do devedor, em que não há registro de qualquer pendência, sem observar a tramitação de processo judicial ou o possível prejuízo que acarretará ao credor¹⁵². Isto é, é possível que o terceiro tenha

¹⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ônus da Prova na Fraude à Execução. São Paulo: Revista Jurídica Consulex, ano XV, n. 336, janeiro de 2011, p.60.

¹⁵⁰ MAIDAME, Márcio Manoel, *op. cit.*, p.80.

¹⁵¹ MAIDAME, Márcio Manoel, *op. cit.*, p.77.

¹⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: volume II - processo de execução e cumprimento da sentença: processo cautelar e tutela de urgência. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.173.

agido de boa-fé na aquisição fraudulenta, e, por conta disso, deveria ser privilegiado o princípio geral do direito da presunção da boa-fé: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

Senão, veja-se os ensinamentos de Humberto Theodor Júnior:

[...] devem ser vistas como requisitos comuns de ambas as variantes de fraude: 1) a fraude da alienação por parte do devedor; 2) a eventualidade de *consilium fraudis* pela ciência da fraude por parte do adquirente; e 3) o prejuízo do credor (*eventus damni*), por ter o devedor se reduzido à insolvência, ou ter alienado ou onerado bens, quando pendia contra ele demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. (THEODORO JR., 2000, p.29).

E conclui o autor:

Incumbe, portanto, àquele que invoca o art. 593 do CPC demonstrar ambos os elementos da fraude, de maneira que, estando o terceiro de boa-fé, não haverá como sujeitá-lo à responsabilidade executiva pelo débito do alienante. (THEODORO JR., 2000, p.30).

Segundo a corrente sumulada, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), em seu art. 240, sempre preconizou que o registro do trâmite de ação real imobiliária e da penhora faz prova *erga omnes*, na medida em que, como o ônus registral foi atribuído ao exequente, a sua não desoneração deveria reverter-se em prejuízo do próprio credor. Além disso, a ausência de publicidade da constrição inviabilizaria a ciência do adquirente de boa-fé quanto ao gravame, não sendo prudente presumir-se a má-fé do devedor pela desídia do credor.

Aclara-se esse entendimento por meio dos julgados utilizados para criar o enunciado da súmula 375 do STJ. Senão vejamos:

[...] para que reste configurada a fraude à execução é necessário que: a ação já tenha sido aforada e que haja citação válida; que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque o exequente, por outros meios, provou que dela o adquirente já tinha ciência e a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequentes a presunção *juris tantum*.¹⁵³

Ressalte-se que a novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir, à mesma, efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora. (...)Ora, a responsabilidade dessa terceira pessoa somente poderia advir ou de fraude de execução ou de fraude contra credores; a primeira a exigir prova de alienação ilícita *in re ipsa* e a segunda a reclamar ação pauliana com a prova do *consilium fraudis*.¹⁵⁴

¹⁵³ STJ, REsp n. 944.250-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 20.8.2007.

¹⁵⁴ STJ, REsp n. 739.388-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 10.4.2006.

Tinha-se que, caso não houvesse o registro na matrícula do imóvel, haveria a presunção relativa de que o adquirente não tinha conhecimento da constrição ou da ação que levou o devedor-alienante à insolvência, cabendo ao exequente fazer prova do contrário. Para essa orientação, não há como imputar ao adquirente o conhecimento da existência da ação pendente ante a ausência de registro na matrícula do bem, na medida em que, da mesma forma, não seria atribuição dele provar a sua própria ignorância, eis que a sua boa-fé é presumida¹⁵⁵.

Conforme este posicionamento, admitir a atribuição do ônus da prova da boa-fé ao adquirente, seria esvaziar o § 4º do art. 659 do CPC/1973. Como o registro já não é elemento integrante da penhora, tirar também do exequente a prova da ciência do terceiro, acabaria com a razão de ser do dispositivo, pois findariam os motivos para o exequente realizar o registro.

Por outro lado, uma corrente mais restritiva¹⁵⁶ posicionava-se em sentido frontalmente contrário à súmula, defendendo que, independentemente da ausência de registro da penhora ou da boa-fé do terceiro, a alienação ou oneração poderia ser declarada fraudulenta¹⁵⁷. Para eles, além de não haver qualquer previsão no texto legislativo, a função do processo executivo ficaria fragilizada com a possibilidade de o devedor alienar, ainda que validamente e com terceiro de boa-fé, o bem da vida da execução – afinal, o objetivo do instituto é proteger, além do credor, a eficácia das decisões judiciais. Entender o contrário, seria validar e coadunar com um negócio jurídico realizado com dolo pelo alienante-executado.

Nessa esteira, dispõe Yussef Said Cahali¹⁵⁸:

Não encontramos fundamentação convincente (se é que existe), para a afirmação, no caso, de uma pretensa presunção de boa-fé ou inocência em favor do adquirente que terá deixado de tomar, quando do negócio, as cautelas elementares devidas, beneficiando-se de sua própria omissão ou desídia.

Vista a prevalência da primeira corrente, que compõe o enunciado da súmula 375, em que a má-fé do terceiro é considerada requisito para a declaração da fraude à execução, arvorou-se outro entendimento, liderado pela Ministra Fátima Nancy Andrihgi e seguido por juízes e desembargadores, em que, a despeito da última parte do enunciado da súmula, deveria ser provada a boa-fé do adquirente.

Inclusive, no julgamento do REsp n. 618.625/SC, sob relatoria da ministra, a 3ª Turma do STJ, por maioria, divergiu da última parte da orientação da Corte Superior. Entendeu-se que a atribuição do ônus da prova, quanto à má-fé do terceiro adquirente, ao exequente privilegiava

¹⁵⁵ STJ, REsp n.113.871/DF, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 15.7.97.

¹⁵⁶ Defendida por Nelson Nery Jr. E Rosa Maria de Andrade Jr.; Carlos Alberto Álvaro de Oliveira; Alcides de Mendonça Lima; Yussef Said Cahali; Candido Rangel Dinamarco; entre outros.

¹⁵⁷ MAIDAME, Márcio Manoel, *op. cit.*, p.77-78.

¹⁵⁸ CAHALI, Yussef Said. Fraude contra credores. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.506.

a fraude à execução, vista a dificuldade da demonstração da intenção de um terceiro completamente estranho ao credor.

Segundo essa corrente, no inciso II do artigo 593 do CPC, o legislador do CPC/73 estabeleceu a presunção relativa de fraude com preenchimento fático do dispositivo: “quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência”. Ou seja, presentes os requisitos da litispendência e da insolvência, haveria presunção relativa de fraude em benefício do credor. Por conta disso, o ônus de provar a boa-fé, como condição impeditiva de declaração da fraude à execução, seria do terceiro adquirente:

Por conseguinte, caberá ao terceiro adquirente, através dos embargos de terceiro (arts. 1.046 e ss.), ou provar que, com a alienação ou oneração, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda.¹⁵⁹

Outrossim, segundo eles, não há como ignorar fácil acessibilidade do terceiro aos processos judiciais em trâmite contra o alienante, por força do princípio da publicidade. Após a distribuição da petição inicial, ainda que não haja o registro da penhora ou a averbação da existência da ação na matrícula do bem, o terceiro já poderia cientificar-se da possibilidade de fraude. Ao adquirir um imóvel – negócio que, quase sempre, envolve uma grande monta –, imperioso o seu adquirente tomar as cautelas necessárias para a transação, com a obtenção de certidões dos cartórios distribuidores judiciais, que lhe permitam verificar a existência de processos, envolvendo o vendedor.

Além disso, asseveram que para a lavratura da escritura pública relativa a imóvel, segundo a Lei n. 7.433/85, em seu artigo 1º, o tabelião obrigatoriamente consigna a apresentação de documento que ateste os feitos ajuizados, sendo, portanto, ‘estranho’ que o alienante não tenha conhecimento do processo ou da constrição.

Isso posto, em suma, esta corrente defende que o terceiro adquirente suporta o ônus de provar a sua boa-fé, não só pela Lei 7.433/85, mas, principalmente, porque o adquirente só poderia ser considerado de boa-fé se lograsse êxito em comprovar que tomou as mínimas cautelas necessárias.

Assim, malgrado a edição da súmula n. 375 do STJ, restou em aberto o entendimento no próprio STJ acerca de quem deve suportar o ônus da prova. Enquanto a corrente filiada à súmula defende que deve ser provada a má-fé, ou seja, o ônus do requisito subjetivo deve ser atribuído ao exequente; outra posiciona-se pela prova da boa-fé, em que o terceiro adquirente

¹⁵⁹ STJ, REsp n. 618.625-SC, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJ 11.4.2008

deve suportar esse ônus. Por dessa divergência, o Recurso especial n. 956.943 foi afetado ao regime de julgamento de recursos repetitivos, a fim de exaurir essa discussão.

3.1.3. *Recurso especial repetitivo nº 956.943*

Embora o tema da atribuição do ônus de provar a ciência do terceiro adquirente tenha sido objeto do enunciado da súmula 375, o posicionamento do STJ permaneceu em aberto. Conforme mencionado no item anterior, no julgamento do REsp n. 618.625/SC, sob a relatoria da Ministra Fátima Nancy Andriighi, a 3ª Turma do STJ julgou, por maioria, de maneira contrária ao próprio enunciado da súmula 375, incumbindo a prova da boa-fé ao adquirente.

Por conta disso, no julgamento do Recurso Especial n. 956.943, em 20/08/2014, a ministra relatora afetou o recurso como recurso repetitivo – conforme o art. 543-C¹⁶⁰ do CPC/73 –, haja vista o grande número de recursos que questionavam os controversos requisitos para a caracterização da fraude na execução envolvendo bens imóveis, correspondente ao art. 593 do CPC/73.

Além da distribuição do ônus da prova, o recurso repetitivo enfrentou o momento em que a alienação do bem pelo devedor poderia ser considerada em fraude à execução. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, predominava o entendimento de que “a alienação ou oneração de bens antes da citação válida não configurava fraude de execução”¹⁶¹. No entanto, a relatora apontou que muitos desses julgados faziam a ressalva de que, caso ficasse comprovada a ciência do alienante e do adquirente do ajuizamento da ação, a fraude à execução poderia ser declarada.

Segundo o seu voto, observado que a redação do artigo 593 do CPC/73 dava margem para distintas interpretações, bem como que a simples distribuição da ação, por conta do princípio da publicidade, já era suficiente para a identificação do processo, não haveria motivos para ser caracterizada a fraude à execução somente a partir da citação. Além disso, deveria ser levado em consideração que muitos devedores, por já terem ciência do ajuizamento da ação, esquivavam-se do ato citatório, dando-lhes um lapso temporal suficiente para a dilapidar todo o seu patrimônio, a despeito da jurisdição.

¹⁶⁰ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

¹⁶¹ Nesse sentido, o voto da relatora apontou os seguintes precedentes: AgRg no REsp 316.905/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Felipe Salomão, DJ 18.12.2008; REsp 819.198/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 12.6.2006; e REsp 333.161/MS, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15.4.2002.

Por conta disso, a ministra divergiu do preponderante posicionamento da jurisprudência e da doutrina, defendendo que a presunção da fraude à execução iniciaria do devido cadastramento pelo distribuidor, após o despacho inicial do magistrado ou da distribuição da petição inicial, eis que já estaria ao alcance do alienante e do adquirente a cientificação do ajuizamento do feito.

Destarte, com a alienação ou oneração da coisa após a distribuição da petição inicial, haveria presunção relativa de má-fé do devedor, cabendo a ele o ônus de provar que não tinha conhecimento da ação capaz de reduzi-lo à insolvência.

Por outro lado, no que concerne à determinação de quem suporta o ônus probatório quanto à ciência do terceiro adquirente acerca da fraude, assim como já havia se manifestado no REsp n. 618.625/SC, a Ministra Fátima Nancy Andrihgi se posicionou pela mudança de entendimento do STJ e, por consequência, da Súmula n. 375, visto que o atual posicionamento, por conta da dificuldade de produção da prova de má-fé do terceiro adquirente pelo credor, favoreceria as práticas fraudulentas dos devedores.

Assim como no outro julgamento, sob a leitura do artigo 593 do CPC/73, a ministra defendeu a presunção relativa de fraude à execução, no caso da alienação ou oneração de bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real, ou ao tempo da alienação ou oneração corria contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência. Dessa forma, caberia ao terceiro adquirente, cuja presunção desfavorece, fazer prova de qualquer fato passível de afastar a presunção da fraude, por meio de embargos de terceiro.

Ademais, no caso de a penhora não ter sido registrada na matrícula do imóvel, circunstância em que deverá ser provada a ciência do terceiro adquirente da constrição ou da pendência da ação, a ministra defende a utilização da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (*retro* 1.4), visto que o adquirente possui, ao seu alcance, melhores condições de provar a sua boa-fé do que o credor, que não guarda qualquer vínculo pretérito com o terceiro.

Segundo o voto, ante o fato da publicidade dos processos judiciais, seria responsabilidade do adquirente do imóvel obter as certidões dos cartórios distribuidores judiciais para certificar-se da inexistência de pendência judicial envolvendo o alienante ou o imóvel¹⁶². Tratar-se de cautela mínima de qualquer pessoa que realiza essa modalidade de negócio, visto que envolve relevante quantia monetária e reflete diretamente em considerável

¹⁶² Nesse mesmo sentido, assevera o Ministro Aldir Passarinho Júnior no voto do REsp 943.951/PR: “bastante a prévia existência de ação para que se configure a fraude à execução, sendo absolutamente possível ao adquirente a obtenção de certidões junto aos cartórios de distribuição, para informar-se sobre a situação pessoal dos alienantes e do imóvel, cientificando-se da existência de demandas que eventualmente possam implicar na constrição da unidade objeto do contrato”.

parte do patrimônio de qualquer pessoa. Contudo, como não é viável a obtenção de todas as certidões negativas em todas as comarcas do país, a relatora estabeleceu, com base no entendimento sustentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual¹⁶³, que o adquirente deve efetuar a pesquisa, pelo menos, nos ofícios distribuidores das comarcas de localização do bem e da residência do alienante.

Assim, conforme a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, como a obtenção das certidões negativas de ações atesta a boa-fé – ou, pelo menos, a mínima diligência – do adquirente; e a apresentação destas, sem sobra de dúvidas, é de maior facilidade de obtenção, por parte do terceiro, se não houver a demonstração satisfatória da boa-fé do adquirente, deverá ele suportar o prejuízo da sua omissão.

Segundo seu entendimento, o § 4º do art. 659 do CPC/73 exige o registro da penhora apenas para que sobre ela paira presunção absoluta de conhecimento por terceiro, na medida que, sem a sua realização, haverá presunção relativa de má-fé. Esta ideia, conforme a ministra, está, inclusive, de acordo com a súmula n. 375 do STJ, que condiciona a fraude à execução ao “registro da penhora do bem” (presunção absoluta) ou a “prova de má-fé do terceiro adquirente” (presunção relativa).

Entretanto, apesar da relevante fundamentação utilizada pela Ministra Nancy Andriighi¹⁶⁴, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria¹⁶⁵, unificar o entendimento e orientar a solução de lides futuras no sentido de que: “é indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC”; “o reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ)”; “a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova”; e “inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, §4º, do CPC”, pelos motivos já exaustivamente apresentados.

Assim sendo, prevaleceu a orientação da súmula n. 375 do STJ, em que, para a caracterização da fraude à execução, deverá haver o registro da penhora ou a prova de má-fé do

¹⁶³ “Esse entendimento é corroborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, que acrescenta, ainda, a necessidade de se “*levar em conta como ocorreu a fraude de execução*” sugerindo a realização de “*pesquisas nas comarcas em que o alienante tem domicílio, caso ele tenha diversos domicílios*”.

¹⁶⁴ STJ, REsp n. 956.943-PR, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andriighi, DJ 20.8.2014.

¹⁶⁵ Votam de maneira contrária ao posicionamento do voto da relatora o Min. João Otávio de Noronha, a Min. Laurita Vaz, o Min. Arnaldo Esteves Lima, o Min. Humberto Martins, a Min. Maria Thereza de Assis Moura, o Min. Herman Benjamin, o Min. Sidnei Beneti, o Min. Raul Araújo e o Min. Ari Pargendler.

terceiro adquirente. Com isso em vista, sobreveio a Lei 13.097/2015 com o intuito de dar mais estabilidade ao mercado imobiliário e, por via reflexa, fortalecer este posicionamento.

3.2. Lei 13.097, art. 54, IV e parágrafo único

Com o objetivo de dar maior segurança jurídica aos negócios imobiliários e desburocratizar o processo de compra e venda de imóveis, editou-se a Medida Provisória n. 656, de 7 de outubro de 2014, convertida na Lei n. 13.094, de 19 de janeiro de 2015. Contudo, um artigo em especial gerou questionamentos:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias; II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Conforme já apontado no tópico da ‘Tipicidade da fraude contra execução’ (*retro* 2.4), evidente a correspondência entre os incisos I à III do art. 54 da lei em comento com os incisos I à III do art. 792 do CPC/2015. Isto é, são hipóteses objetivas, de modo que, caso o exequente não proceda alguma dessas averbações, o negócio jurídico envolvendo imóvel que leve o devedor à insolvência será plenamente eficaz, independentemente de prova em contrário.

Estes dispositivos visam claramente proteger o terceiro adquirente, que, por sua vez, ao realizar qualquer negócio jurídico que envolva imóvel, aparentemente só terá o dever de verificar a matrícula do imóvel, sem a necessidade de tomar qualquer outra cautela¹⁶⁶. Uma vez verificado que não há qualquer averbação no registro do bem, os negócios jurídicos realizados

¹⁶⁶ NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; A responsabilidade patrimonial secundária e a fraude à execução do atual CPC até o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 103, vol. 950, Dezembro/2014, p.154.

entre o alienante (ainda que com a intenção de fraudar a execução) e o devedor (seja de boa ou má-fé), serão plenamente eficazes em relação aos atos jurídicos pretéritos.

Por outro lado, o inciso IV inova ao trazer um novo instrumento processual para o autor de ação capaz de levar o devedor à insolvência, nos termos do antigo inciso II do art. 593 do CPC/73, atual inciso IV do art. 792 do CPC/15. Nele, o autor poderá requisitar ao juízo a averbação na matrícula de imóvel a existência da pendência judicial, como forma de, desde então, prevenir possível alienação fraudulenta.

Sua inovação reside no fato de que parte da jurisprudência ainda não admite a averbação premonitória (*retro* 2.4.2) durante o processo de conhecimento, de forma que, muitas vezes, restava ao credor o fardo de prova a má-fé do devedor na execução, não por sua desídia, mas pela ausência de instrumentos aptos a auxiliá-lo.

No entanto, enquanto por uma mão a Lei 13.097/2015 oferece novo instrumento ao exequente, por outra, ela, aparentemente, retira qualquer possibilidade de demonstração de fatos que não constem na matrícula do imóvel – o que definitivamente acabaria com a hipótese subjetiva da fraude à execução, o inciso IV do art. 792 do CPC/15. Senão, vê-se o parágrafo único do art. 54 da Lei 13.097/2015:

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Insta sublinhar que a sistemática brasileira adotou expressamente o princípio da presunção registral, segundo o qual “presume-se a validade daquilo que consta no registro”¹⁶⁷. Contudo, a doutrina e jurisprudência reconhecem que a presunção gerada pelos registros imobiliários nem sempre traduz a realidade fática, motivo pelo qual esta presunção é relativizada, ou seja, admite-se demonstração do contrário.

Sob leitura deste artigo, surgiram muitas dúvidas acerca da positivação do princípio da fé pública registral. Cabe mencionar, em linhas rasas, que este princípio, com o condão de dar segurança e proteção às negociações imobiliárias, preconiza que o registro será sempre exato e completo, “de sorte que ações, direitos, fatos, títulos e atos anteriores à aquisição, não constantes do Registro por inscrição, anotação preventiva (...), condição transcrita ou causa

¹⁶⁷ KERN, Marinho Dembinski. A Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral? São Paulo: RT, Revista de Direito Imobiliário, vol. 78/2015, p.18.

registrada, serão tidos por inexistentes e não poderão prejudicar”¹⁶⁸. Em outras palavras, o princípio da fé pública registral gera presunção absoluta em favor de terceiro daquilo que consta na matrícula do imóvel.

Dessa forma, a partir da nova lei, conforme já dito, o adquirente não precisaria mais se preocupar em acautelarse para a aquisição de um bem imóvel¹⁶⁹. Bastaria verificar na matrícula do imóvel a inexistência da averbação de algum registro, para presumir-se a sua boa-fé, dispensando-se a pesquisa por qualquer outro meio que identificasse a existência da tramitação de alguma ação ou constrição.

Antes de tudo, cumpre apontar que a averbação do ajuizamento de ação capaz de levar o réu à insolvência, por sua própria finalidade, deve ser encarada como instrumento facultativo do exequente, não um requisito constitutivo da fraude à execução, eis que serve como meio de informativo e não impede a disposição do imóvel¹⁷⁰.

Além disso, cumpre apontar que a interpretação de que a ineficácia de negócios jurídicos imobiliários dependeria exclusivamente do registro da constrição na matrícula do imóvel, deve ser encarada com extrema cautela. Não se pode exigir que apenas o credor seja o responsável por realizar as diligências cartorárias¹⁷¹. Insta que o terceiro adquirente também tome as cautelas mínimas ao adquirir um bem imóvel, a fim de constatar que não está realizando um negócio fraudulento.

Admitir a inflexível aplicação do princípio da fé-pública registral afeta diretamente, também, o terceiro adquirente, que, no caso de não realizar o registro da compra e venda do imóvel na matrícula do imóvel, não poderá opor embargos de terceiro – afinal, “a matrícula será sempre exata e completa”.

Na verdade, a nova lei nada mais fez do que dizer mais do mesmo. Com efeito, reafirmou-se aquilo que estava estabelecida na doutrina e na súmula n. 375 do STJ: com o registro da constrição haverá presunção absoluta de ciência do adquirente; sem o registro da constrição, deverá o credor provar a má-fé do terceiro adquirente.

Se não houver a averbação de qualquer pendência, não significa que o adquirente estará imune à declaração de fraude à execução. Seria temerário ao ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, ao instituto da fraude à execução, entender-se o contrário. Em outros termos, significaria enrobustecer a prática de fraudes e desprestigiar o credor da

¹⁶⁸ KERN, Marinho Dembinski, *op. cit.*, p.21. In: Mello, 2007, p.71.

¹⁶⁹ SCAVONI JR., Luiz Antônio. Cautelas na compra de imóveis: nada muda com a Lei 13.097/2015.

¹⁷⁰ NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes, *op. cit.*, p.154

¹⁷¹ NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes, *op. cit.*, p.154.

obrigação, pois, verificada a ausência do registro da constrição, o devedor dilapidaria livremente os seus bens, sob o manto do princípio da fé-pública registral. Além disso, o IV, do art. 792 do CPC/2015 não teria mais razão de ser, pois é dependente da prova de requisito subjetivo.

Em prol da melhor hermenêutica jurídica, atenta-se que o parágrafo único do artigo 54 preceitua que, caso não haja a averbação da constrição (presunção relativa), e o adquirente esteja de boa-fé – ou seja, o exequente não obteve êxito em demonstrar a má-fé do terceiro, seja em razão da ciência do terceiro quanto à constrição ou a ação em curso, seja pela ausência das mínimas cautelas necessárias – não poderão ser utilizadas situações jurídicas que não constam na matrícula do imóvel. Em outra vertente, comprovando-se a má-fé do terceiro adquirente, o parágrafo não será aplicável.

Por outro lado, mesmo que a interpretação esposada não prevaleça, imperiosa a mitigação do princípio da fé-pública registral, pelos inúmeros problemas já citados, que causariam a sua rígida aplicação. Impende que o adquirente seja diligente e extraia as certidões negativas na comarca do imóvel e na comarca da residência do alienante, a fim de certificar-se de que não há qualquer gravame que possa ensejar a fraude à execução por meio do negócio jurídico. Caso contrário, configurar-se-á a sua displicência na aquisição do imóvel e, por consequência, a sua má-fé, restando o negócio jurídico ineficaz em relação à execução.

Portanto, conclui-se que a Lei n. 13.097/15 não alterou a interpretação da súmula 375/STJ ou a aplicação do instituto da fraude à execução, eis que, na ausência de alguma averbação na matrícula do imóvel, permanecerá a possibilidade de o exequente demonstrar a realidade fática do imóvel, seja em razão da interpretação que não reconhece o princípio da fé-pública registral, seja pela mitigação desse princípio em prol deste instituto.

3.3. Problema do § 2º, art. 792, do Código de Processo Civil de 2015

Após apresentar-se todo o histórico que ensejou a orientação da Súmula n. 375 do STJ, o posterior debate doutrinário e jurisprudencial, bem como a aparente sedimentação do posicionamento do STJ, por meio do Recurso Especial Repetitivo n. 956.943, concluiu-se que, na ausência do registro da penhora, caberá ao exequente o ônus de produzir a prova da má-fé do terceiro adquirente.

Nada obstante, com o intuito de estabelecer critérios objetivos à caracterização da boa-fé do terceiro, de modo a dar maior segurança jurídica à execução e às aquisições imobiliárias,

o Código de Processo Civil de 2015 positivou, em seu § 2º do artigo 792, que “no caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para sua aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem”.

Atenta-se que o texto normativo faz referência aos bens “não sujeitos a registro”, como, por exemplo, joias, quadros, computadores de alto valor, etc. Seria diferente se estabelecesse “não havendo registro” (redação proposta pelo relator geral do projeto de lei do senado n. 166, de 2010), em que haveria referência direta à hipótese do IV, de modo que o adquirente teria que se cautelar com as referidas certidões, tanto na aquisição de bens registráveis (bens imóveis e, também móveis, como: veículos, barcos, quotas societárias, etc.), quanto de bens não registráveis, para ter a presunção da sua boa-fé.

Estabelecida essa limitação, nota-se a não tão fácil identificação de um bem “não sujeito a registro”. Em tese, tem-se que todos os bens imóveis estão sujeitos a registro de propriedade, junto ao cartório de registro de imóveis, razão pela qual não estão abrangidos pelo parágrafo. Os bens móveis, em regra, não estão sujeitos a registro de propriedade, de forma que a sua transmissão se opera através da entrega física da coisa. No entanto, há exceções, como as embarcações (navios, lanchas, iates, etc.) e aeronaves, em que, para a transmissão da propriedade da coisa, é necessário o registro em órgão específico; e os veículos automotores (caminhão, carro, moto, etc.) e semelhantes (reboque ou carretas), que, embora a consumação do negócio jurídico ocorra com a entrega da coisa, possuem um órgão responsável pelo registro de propriedade (DETRAN)¹⁷². Assim, *a priori*, excluídos esses casos, obter-se-ia os “bens não sujeitos a registro”.

Ato contínuo, notabiliza-se que, na contramão do posicionamento que imperou no sistema do Código de Processo Civil de 1973 e na Súmula n. 375 do STJ, o dispositivo atribuiu ao terceiro adquirente o ônus de provar a sua boa-fé, por meio da demonstração de que tomou as mínimas diligências na aquisição dos bens, mediante a apresentação das certidões judiciais negativas do domicílio do alienante e da comarca do bem. Consoante apregoava a Min. Fátima Nancy Andrichi e parte da doutrina:

Tomando por base o comportamento do homem médio, zeloso, e diligente no trato dos seus negócios, bem como a praxe na celebração de contratos de venda e compra de imóveis, é de se esperar que o adquirente efetue, no mínimo, pesquisa nos distribuidores das comarcas de localização do bem e de residência do alienante. (STJ, REsp Repetitivo n. 956.943/PR, Corte Especial, Min. Fátima Nancy Andrichi, DJ 20.8.2014).

¹⁷² SILVA, Bruno Mattos e. Fraude à Execução por Insolvência: A Lei n. 13.094/2015 e o Novo CPC. Compra de Imóveis. São Paulo: Atlas, 2015.

Contudo, denota-se a incoerência do legislador em estabelecer este critério quanto aos bens não registráveis e omitir-se em relação à distribuição do ônus da prova dos “bens sujeitos a registro”¹⁷³ – a grande maioria dos bens que estão envolvidos no debate. Muito mais produtivo seria o Código de Processo Civil de 2015 estabelecer uma distribuição legal do ônus da prova na fraude à execução de bens sujeitos a registro, vez que, além de encerrar um debate histórico, daria nova vida à débil utilização do instituto da fraude.

Ora, o legislador perdeu uma ótima oportunidade de esvaziar a divergência interpretativa existente quanto a esse tema, pois, ao que tudo indica, a nova redação propiciará ainda mais controvérsias no assunto.

Há quem entenda que, na aquisição de um bem não sujeito a registro, na forma do § 2º do art. 792 do CPC/2015, caberia ao terceiro adquirente fazer prova da sua cautela, enquanto, no caso de bens registráveis, bastaria a ausência de averbações para presumir-se a sua boa-fé¹⁷⁴ – entendimento que coaduna com a Lei n. 13.097/15. Entretanto, não se pode ignorar o inciso IV do art. 792 do CPC/15, que possibilita a configuração da fraude à execução mesmo na ausência de qualquer averbação da matrícula do imóvel.

Outrossim, embora o § 2º faça referência exclusiva aos bens não sujeitos a registro, o dispositivo não pode ser encarado como se fosse exceção aos demais negócios jurídicos¹⁷⁵. Os bens não sujeitos a registro devem ser compreendidos como regra, porquanto a dificuldade do terceiro adquirente em cientificar-se a respeito de alguma constrição na coisa ou o trâmite de alguma ação.

Dessa forma, por aparente decorrência lógica do ordenamento jurídico, se a prova da boa-fé compete ao terceiro, no caso de bens não registráveis, muito mais fácil a sua produção em relação aos bens registráveis, tendo em vista o acesso a essas provas. Porém, ainda há forte resistência da doutrina e da jurisprudência quanto a tal interpretação.

Assim, por fim, conclui-se que o § 2º do art. 792 atribui ao terceiro adquirente a prova da sua boa-fé, com a apresentação da certidão negativa judicial da residência do alienante e do local do bem os bens móveis. Conquanto, remanesce a divergência quanto à prova da boa-fé do terceiro adquirente na alienação ou oneração de bens imóveis, tema do próximo tópico.

¹⁷³ NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes, *op. cit.*, p.159.

¹⁷⁴ LAMY, Eduardo Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter, *op. cit.*, p. 232.

¹⁷⁵ SOUZA, Gelson Amaro de Souza. Fraude à Execução e o Procedimento no CPC/2015. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n. 149, 2015, p.39.

3.4. Boa-fé do terceiro adquirente

Conforme já foi explanado no segundo capítulo, no tópico da ‘tipicidade da fraude à execução’ (*retro* 2.3.), segundo o CPC/2015, em seu artigo 792, haverá presunção absoluta de fraude à execução se a alienação ou oneração de bens ocorrer após a averbação (I) da existência de ação fundada em direito real; (II) da certidão de pendência de processo de execução; (III) ou da hipoteca judiciária ou de ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude. Nesses casos, a disposição fraudulenta do bem poderá ter ocorrido antes mesmo da citação ou da penhora, desde que haja o registro da constrição ou a averbação do ajuizamento da ação¹⁷⁶, independentemente, inclusive, da prova de insolvência do devedor.

Porém, assim como já ocorria no inciso II do art. 593 CPC/73, e agora no inciso IV do art. 792 do CPC/2015, a declaração da fraude à execução por alienação ou oneração de bem, quando tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência, é causa de presunção relativa, a depender da produção de prova do elemento subjetivo, qual seja, a boa ou a má-fé do terceiro adquirente.¹⁷⁷

Ressalta-se que, na ocorrência de negociações fraudulentas, o tratamento a ser dispensado ao terceiro adquirente sempre foi de difícil adequação, visto que, em determinados casos, o adquirente do imóvel estava de completa boa-fé, vez que não tinha ciência da fraude que se operava. Por outro lado, o tratamento dispensado ao alienante sempre foi de fácil resolução, evidenciado pela impossibilidade de estabelecer-se critérios que, a despeito do prejuízo à ação pendente, desonerasse o seu ato.¹⁷⁸

Por interpretação sistêmica, a ordem jurídica não pôde desprezar a boa-fé do terceiro adquirente, mormente pela aquisição de imóveis, de acordo com a realidade social brasileira, representar duro sacrifício individual do adquirente, sendo desarrazoada a sumária declaração de ineficácia do negócio jurídico. Conquanto, não restou claro os elementos caracterizadores da boa ou má-fé do adquirente e o *modus operandi* para a sua configuração.

De maneira preponderante, parte da doutrina e da jurisprudência, representada pela Súmula n. 375, optou por privilegiar a segurança jurídica dos negócios imobiliários e, por consequência, o terceiro adquirente, pelo princípio da presunção da boa-fé: a má-fé se prova; a boa-fé se presume. Além disso, a Lei de Registros Públicos, com a intenção de possibilitar ao exequente a prevenção de fraudes, permitiu a inscrição de ações reais imobiliárias e de penhoras

¹⁷⁶ NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes, *op. cit.*, p.155.

¹⁷⁷ ANDRIGHI, Fátima Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt, *op. cit.*, p.361.

¹⁷⁸ THEODORO JR., Humberto, *op. cit.*, p. 173.

no registro de imóveis (art. 167, n. 5 e 21, da Lei 6.015/73), possibilitando a cientificação *erga omnes* de possíveis pendências judiciais em imóveis.

Assim, decorrente do princípio supracitado e da incumbência de registro na matrícula do imóvel ao exequente, estabeleceu-se a presunção relativa de boa-fé do terceiro adquirente, por meio do enunciado sumular que estabeleceu que a fraude à execução dependeria da prova de má-fé do terceiro adquirente. Entendia-se que, ausente a cautela de registro do gravame, o exequente não poderia ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, cabendo a ele provar que o adquirente tinha conhecimento da constrição.

Nesse diapasão, o Min. João Otávio de Noronha, em seu voto no REsp repetitivo n. 956.943/PR, citou pertinente passagem no voto do Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, no REsp n. 214.990/SP, da obra de Amílcar de Castro:

A inscrição, no sistema do nosso direito, tem duas finalidades: é modo de adquirir direitos reais, e é forma de publicidade. Evidentemente, a inscrição de que se está tratando não tem o efeito de transferir direitos reais, e, sim, apenas o de publicidade, isto é, para publicar a terceiro que alguém está demandando a respeito de certos bens, ou que estes foram provisoriamente tirados do patrimônio do devedor como garantia de alguém, porque do executado foi expropriada a faculdade de disposição, faculdade esta que, temporariamente, pode ser exercida pelo Estado. O fato, porém, de não ter sido registrado ou inscrita, a penhora, ou o arresto, o sequestro, ou a citação, não impede a alegação de fraude contra a execução, e, sim, somente tem a significação de ficar o exequente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento, ou de que sobre os bens estava sendo movido litígio fundado em direito real, ou de que pendia contra a alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência. Feita a inscrições, as alienações posteriores peremptoriamente presumem-se feitas em fraude de execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita a inscrição, o exequente deve provar as condições legais de existência de fraude à execução. Vale dizer: a inscrição só tem efeito de publicidade, e, vale como prova presumida, irrefragável, de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros.¹⁷⁹

No entanto, este entendimento ainda continuou a gerar grande insegurança jurídica no mundo dos negócios imobiliários, haja vista que o adquirente ainda não detinha critérios objetivos que atestassem a sua boa-fé.

Na mesma medida, arvorou-se a dificuldade do exequente em fazer a prova da má-fé de um terceiro completamente estranho a ele. Através de pesquisa empírica, realizada na tese de doutorado de Rodolfo da Costa Manso Amadeo¹⁸⁰, em mais de 130 (cento e trinta) precedentes, apurou-se que a atribuição do ônus ao credor fez com que a fraude fosse conhecida em menos de 8% dos casos.

¹⁷⁹ STJ, REsp 214.990/SP, 4ª T., Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ 11.10.1999.

¹⁸⁰ AMADEO, Rodolfo da Costa Manso. A relevância do elemento subjetivo na fraude de execução, Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p.220.

Por conta disso, outra corrente, explanada em tópicos anteriores, defendia que, por força do disposto no inciso IV do art. 792 do CPC/15, deveria haver a presunção relativa da má-fé do terceiro adquirente, de modo que caberia a este provar a não ocorrência dos pressupostos da fraude à execução¹⁸¹, eis que “a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de demonstrar o contrário, independentemente de sua procissão processual, nada importando o fato de ser autor ou réu”¹⁸².

Dessa feita, ao terceiro adquirente seria passada a incumbência de demonstrar a ausência de algum pressuposto para a configuração da fraude ou, principalmente, que, apesar de ter tomado todas as cautelas necessárias na aquisição do bem, não obteve conhecimento da existência da demanda ou da constrição.

Ao contrário da corrente anterior, esta estabelece critérios objetivos para a presunção da boa-fé do terceiro adquirente, na mesma toada do § 2º do art. 792, mas abrangendo, também, os denominados “bens registráveis”. Para ela, o adquirente cauteloso deveria realizar “no mínimo, pesquisa nos distribuidores das comarcas de localização do bem e de residência do alienante, sempre atento à possibilidade de as pessoas físicas poderem ostentar mais de um domicílio legal, nos termos dos arts. 70 a 72 do CC/2002”¹⁸³.

Esta corrente exalta que não se trata de uma presunção absoluta em desfavor do terceiro, mas de uma distribuição do ônus probatório mais equânime com a realidade fática, uma vez que o terceiro adquirente detém os melhores meios para demonstrar que foi diligente na aquisição da coisa, enquanto o exequente possui inúmeros óbices de demonstrar a má-fé do terceiro.

Observa-se que, caso fosse pacífico esse entendimento, tanto exequente, quanto adquirente sairiam beneficiados, eis que o primeiro seria desonerado de apresentar uma prova de difícil ou impossível produção, e o último, através da obtenção das certidões negativas judiciais, lograria a devida segurança jurídica na aquisição de qualquer bem.

Conquanto, o Código de Processo Civil de 2015 não foi taxativo quanto a esse assunto, residindo inúmeras dúvidas, como já enfrentado no tópico anterior, quanto aos bens não registráveis. Todavia, residem soluções sistêmicas à controvérsia.

¹⁸¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt, *op. cit.*, p.355.

¹⁸² ANDRIGHI, Fátima Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt, *op. cit.*, p.355. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p.60.

¹⁸³ REsp Repetitivo n. 956.943/PR, Corte Especial, Min. Fátima Nancy Andriahi, DJ 20.8.2014.

3.5. Solução à distribuição do ônus da prova

Após discorrer-se sobre todas as nuances que envolvem a problemática da distribuição do ônus de provar a boa ou má-fé do terceiro adquirente, reavivada, agora, por um novo componente – o Código de Processo Civil de 2015 -, cumpre-se apresentar uma solução ao tema, em que haja o retorno da efetividade do instituto da fraude à execução, mas, concomitantemente, seja oferecida segurança jurídica ao terceiro adquirente de boa-fé e ao mercado imobiliário.

Assim como já foi exposto anteriormente, o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar do instituto processual da fraude à execução, em seu artigo 792, estabeleceu três hipóteses objetivas para a declaração de ineficácia de negócios jurídicos reputados em fraude: (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 art. 828; (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;

Nesses casos, há presunção absoluta de má-fé do terceiro adquirente, porquanto, necessariamente o credor terá realizado o registro da existência da ação ou constrição na matrícula do imóvel adquirido. Destarte, será dispensada a demonstração do *animus nocendi* do terceiro, a vista da sua inescusável ciência quanto a pendência judicial.

Por outro lado, o dispositivo da fraude à execução no Código de Processo Civil de 2015, como não poderia ser diferente, ainda contém uma hipótese subjetiva de fraude, que ocorrerá, conforme estabelece o inciso IV, “quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”. Justamente por conta da sua subjetividade, persistiu, em parte, a controvérsia quanto à atribuição do ônus probatório da boa ou má-fé do terceiro adquirente.

De modo a apaziguar certa parcela da discussão, positivou-se o § 2º junto ao artigo 792, em que ficou estipulado que, no caso de “bem não sujeito a registro”, o terceiro adquirente terá o ônus de provar que adotou as mínimas cautelas para a sua aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

Com isso em vista, assim como arrazoadado no tópico 3.3, observa-se que o parágrafo restringe-se à “aquisição de bem não sujeito a registro”, ou seja, amolda-se a hipótese apenas

os bens móveis, à exceção de embarcações, aeronaves, veículos e semelhantes, eis que possuem órgão registral próprio.

Inobstante, ante esta omissão legislativa, remanesceu toda a histórica discussão concernente à demonstração da boa ou má-fé do terceiro adquirente de imóveis e os diferentes posicionamentos quanto a distribuição da prova a ser adotada.

Sob o ponto de vista da súmula n. 375 do STJ, permaneceria a mesma orientação que imperou durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, em que se deveria provar a má-fé do terceiro adquirente para a configuração da fraude à execução. Conquanto, esta não parece ser a melhor saída.

Em contrapartida, ganha forma o posicionamento defensor da atribuição do ônus da prova de boa-fé ao terceiro adquirente, liderado pela Ministra Fátima Nancy Andrihgi e agasalhado por boa parte da processualística civil brasileira, o qual este trabalho se filia e passa a expor seus motivos.

Bem se sabe que, por ser ato atentatório a dignidade da justiça, a fraude à execução representa verdadeira afronta à atuação jurisdicional do Estado, motivo pelo qual possui regramento diferenciado do instituto da fraude contra credores. Seu processamento dá-se de maneira célere, no corpo do processo executivo, por meio de requisição do credor em mero pedido incidental ao processo (cognitivo ou executivo), sem a necessidade do ajuizamento de ação autônoma.

Contudo, conforme já foi amplamente demonstrado, a medida em que a fraude à execução foi se desenvolvendo e novas legislações e posicionamentos foram surgindo, a sua efetividade foi se dissipando, mormente após a edição da súmula n. 375 do STJ, de modo que, hoje, a demonstração da fraude à execução é quase impossível. Isso se deve, em grande medida, ao fato de que o ônus de provar a má-fé do adquirente, que ocorrerá por meio de prova de fato negativo, é suportado pelo exequente, que, por sua vez, em razão de não guardar nenhum vínculo com terceiro e, conseqüentemente, não conseguir fazer adequadamente a produção da prova, vê o seu crédito esvair-se pela burla do devedor.

Necessário destacar que esse problema circunda, na verdade, a atribuição do ônus da prova e não os requisitos necessários para a comprovação da boa-fé do terceiro adquirente. Exemplifica-se: ensejará a configuração da má-fé do adquirente, ainda que por ficção jurídica, a omissão do adquirente de imóvel em não retirar as certidões negativas judiciais básicas do

imóvel, estabelecidas no §2º do artigo 792 do CPC/2015¹⁸⁴, porém, resta dúvida sobre a quem deve ser imputado o ônus de provar se as certidões foram ou não retiradas.

Embora a fundamentação da corrente contrária suporte-se no princípio da boa-fé objetiva, destaca-se que ela é incorretamente aplicada ao caso. Assim como já afirmava a Min. Nancy Andrigui, em seu voto no julgamento do REsp repetitivo n. 956.943, o inciso IV do artigo 792 do CPC/2015 estabelece que “a alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução” quando “tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”. Ou seja, havendo o preenchimento do suporte fático do dispositivo, haverá a presunção relativa de fraude à execução. No entanto, não poderá ser declarada a fraude em face de adquirente boa-fé, agora sim, em função do princípio universal da boa-fé objetiva. Cabendo, portanto, ao próprio terceiro adquirente, na oposição de embargos de terceiros, demonstrar a sua boa-fé na aquisição do imóvel, ao fim e ao cabo, de impedir a declaração de ineficácia do negócio jurídico. Caso contrário, presumir-se-á a fraude.

Conquanto, mesmo que não se tenha esse posicionamento como verdadeiro, como não o é até então, a problemática que assola a distribuição do ônus da prova na fraude à execução poderá ser contornada por outro instituto, mas não decorrente da fraude à execução, mas do instituto do ônus da prova.

Assim, oportuno rememorar que o CPC/2015, no §1º do artigo 373, a fim ampliar a eficácia da tutela jurisdicional de direito lesado ou ameaçado de lesão, positivou o instituto da ‘Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova’ (*retro* 1.4). Segundo esta teoria, de acordo com o caso concreto, ao verificar-se que uma das partes possui melhores condições ou há impossibilidade, ou excessiva dificuldade, de demonstrar-se o fato litígio, o magistrado poderá distribuir o ônus da prova de modo diverso ao previsto na regra do artigo 373 (ao autor cabe a prova do fato constitutivo de seu direito; ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor).

Conquanto, devem ser respeitados certos requisitos: o primeiro requisito é material, ou seja, específico a cada hipótese, em que o magistrado verifica se o caso em baila não pode ser solucionado sem ofensa à paridade de armas e, concomitantemente, se a parte contrária possui melhores condições de desempenhar o encargo probatório; do ponto de vista processual, requer-se fundamentação específica e atribuição do encargo probatório, com a correlata oportunidade de prova.

¹⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p.61.

Ora, a partir das premissas fixadas pela teoria dinâmica do ônus da prova e das consequências probatórias geradas pelo enunciado da súmula n. 375 do STJ, constata-se facilmente a ausência de equanimidade da distribuição do ônus de provar a ciência do terceiro quanto a pendência de ação apta a reduzir o vendedor à insolvência, seja pela dificuldade do exequente realizar a prova, seja pela maior facilidade do terceiro em produzi-la.

É irrefutável que o terceiro adquirente reúne melhores condições para demonstrar que agiu de boa-fé, uma vez que, se ele realmente foi diligente na aquisição do imóvel, terá à mãos as certidões dos cartórios distribuidores judiciais da comarca do alienante e do bem, que indiquem a existência de alguma ação ou constrição que possa acarretar a ineficácia do negócio jurídico. Representa verdadeira incongruência processual atribuir a prova de boa-fé do terceiro ao exequente, que não guarda qualquer vínculo com aquele, enquanto o terceiro possui um alcance infinitamente muito mais próximo às medidas preventivas que realizou antes da consubstanciação do negócio jurídico.

Atribuir a prova negativa de ato de terceiro resulta em verdadeira prova diabólica (*probatio diabolica*) ao exequente, visto que ele deverá fazer a demonstração cabal de um fato negativo pretérito (ausência das cautelas necessárias) de um sujeito totalmente estranho a obrigação que lhe é devida.

Insistir na inflexível determinação da prova de má-fé pelo credor, ostenta-se mais do que inapropriada para a consecução da execução civil, eis que a, despeito de alcançar o sem fim último - a satisfação da obrigação -, insiste na rijeza da orientação jurídica que torna extremamente difícil, ou até mesmo impossível, a configuração da fraude à execução.

Não basta simplesmente atribuir ao credor meios objetivos que lhe possibilitem presumir a ciência do terceiro, enquanto a sua demonstração subjetiva restar inviabilidade por conta de estremadas determinações processuais. Deve prevalecer, acima de tudo, o princípio da igualdade processual (art. 7 do CPC) e da adequação, de modo a enrobustecer o conjunto probatório dos autos e possibilitar que o magistrado obtenha o exato, ou mais próximo do possível, alcance dos fatos.

Evidente que deve haver proteção do terceiro adquirente de boa-fé, mas, por outro lado, não se pode repelir o exequente de boa-fé. Este possui um crédito em aberto que possivelmente não será satisfeito por sequenciais atos sorrateiros do devedor e pela ineficácia do judiciário.

Com essa exposição, evidente o preenchimento dos requisitos matérias e formais da teoria dinâmica do ônus da prova nos casos que envolvem a fraude à execução, de modo que o

juiz estará autorizado a atribuir o ônus probante de forma diversa daquela estabelecida pelo princípio da boa-fé objetiva, atribuindo-o ao terceiro adquirente para que prove a sua boa-fé.

Se não bastasse isso, impossível não levar-se em conta a publicidade do processo, em que, ainda que não haja registro na matrícula do imóvel, possibilita ao adquirente obter informações do trâmite de processos judiciais que envolvem o alienante, ou até mesmo através de simples consulta aos sites dos tribunais.

Outrossim, cumpre trazer a argumentação a Lei 7.433/1985, que atesta que “na lavratura da escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente faz constar, “no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório” dos “feitos ajuizados””¹⁸⁵. Vê-se que, somente por conta dessa disposição, já seria causa suficiente para dismantelar a fundamentação sustentada pela Súmula n. 375 do STJ. Não é razoável determinar-se a prova de má-fé, sendo que, no ato público de aquisição do imóvel, deverá, obrigatoriamente, constar as ações ou constrações que envolvem o imóvel:

O Poder Judiciário não pode agir de modo que dê guarida à conduta irresponsável daquele que compra sem tomar os cuidados mínimos para a aquisição, como investigar se o vendedor tem contra si ações ajuizadas. Até porque essas informações podem ser obtidas por simples certidões que, em sua maioria, estão à disposição na Internet.¹⁸⁶

Isto exposto, ressaltar-se que, acima de tudo, deve prevalecer a estabilidade das relações jurídicas, seja na satisfação do crédito do exequente, seja na estabilidade do negócio jurídico firmado pelo adquirente. Porém, ela só será possível a partir da fixação de critérios claros e objetivos, evitando-se o sacrifício de uma das partes, seja quem ela for. Por isso, e por tudo que já foi exposto, defende-se a dinamização do ônus da prova ao terceiro adquirente, de modo que, conforme já foi estipulado para os bens não passíveis de registro, deverá provar por meio da apresentação das certidões negativas judiciais da comarca do bem e da residência do alienante a sua boa-fé na aquisição do imóvel pretensamente em fraude.

Dessa forma, o exequente poderá voltar a utilizar efetivamente o instituto da fraude à execução, como forma de impedir o indevido dilapidamento patrimonial do devedor, eis que não será mais incumbido de fazer a diabólica prova de má-fé do terceiro, e o adquirente terá a segurança de que, a partir da obtenção das certidões negativas judiciais e da inexistência de ações ou constrações no imóvel que está adquirindo, não haverá qualquer possibilidade daquele negócio ser reputado em fraude.

¹⁸⁵ ANDRIGHI, Fátima Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt, *op. cit.*, p.357.

¹⁸⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt, *op. cit.*, p.357.

CONCLUSÃO

A segurança jurídica nas aquisições de imóveis é essencial para o mercado imobiliário e, por consequência, o desenvolvimento econômico do país. Por conta disso, no decorrer dos anos e das diferentes exegeses do dispositivo legal da fraude à execução, optou-se por privilegiar o terceiro adquirente de boa-fé – evidenciado pela edição a súmula n. 375 do STJ, na medida em que restou estabelecido que, para a declaração de fraude à execução, na ausência de gravame na matrícula do imóvel, caberia ao exequente fazer prova da má-fé do adquirente. Porém, na senda dessa orientação, o instituto restou praticamente esvaziado, e, o exequente, restou à deriva na busca do seu crédito.

Além disso, com a iminente vigência do CPC/2015, uma nova roupagem será dada ao instituto da fraude à execução, com novas hipóteses, novo procedimento e, concomitantemente, novas discussões. Dessa feita, sobreleva a importância em se propor, sob esse novo enfoque, uma solução a essa histórica controvérsia. Sendo assim, passa-se à exposição das digressões realizadas ao longo do presente trabalho.

No primeiro capítulo objetivava-se apresentar o instituto do ônus da prova. De início, asseverou-se a conceituação deste instituto, que é o encargo atribuído a determinado sujeito para demonstrar, na integralidade (modo, meio e tempo), um fato pretérito. Apresentou-se a sua dimensão subjetiva, destinada a fornecer parâmetros para os litigantes estabelecerem sua estratégia probatória, e a sua dimensão objetiva, utilizada como regra de julgamento no momento de fundamentar a decisão ante a ausência da devida produção probatória.

Após isso, foram apresentadas as três diferentes formas de distribuição do ônus da prova (legal, convencional e judicial). No que concerne à distribuição legal do ônus da prova (estática), aduziu-se como a atribuição que decorre do art. 373 do CPC/15 – ao autor cabe a prova dos fatos constitutivo do seu direito; ao devedor cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Já a distribuição convencional (dinâmica), em apertada síntese, foi disposta como a atribuição estabelecida em consenso entre partes, sem a necessidade de seguir a regra disposto no dispositivo legal. Por fim, e mais importante, foi apresentada a distribuição do ônus da prova feita pelo juiz (dinâmica), segundo a qual, em análise ao caso concreto, o magistrado verifica a impossibilidade ou à excessiva dificuldade de alguma parte em cumprir o encargo e dinamiza o ônus àquele que dispõe dos meios mais aptos para a sua produção da prova.

Com isso, pôde-se ter uma visão clara da operabilidade do ônus da prova, um dos sustentáculos do trabalho, e o exato alcance da distribuição dinâmica do ônus da prova, utilizado

no trabalho como meio para desconstruir o argumento de que o ônus de produzir a boa ou má-fé do terceiro adquirente só poderia ser atribuído ao exequente.

No segundo capítulo objetivava-se apresentar o instituto da fraude à execução. De início realizou-se breve explanação acerca do princípio da responsabilidade patrimonial, a conceituação da fraude contra credores e, mormente, da fraude à execução, definida como a prática, no curso de um processo (de conhecimento ou execução), de ato tendente a subtrair do patrimônio do agente algum bem que, futuramente, seria utilizado para satisfação da obrigação devida ao credor em correspondente processo de execução. Com isso, restou evidenciado a gravidade dessa modalidade de fraude que, além de frustrar o adimplemento do crédito devido ao credor, afrontava a jurisdição do Estado ao impossibilitar o deslinde da execução.

Após, passou-se à análise dos requisitos da fraude à execução: a litispendência, que se opera com a citação válida do devedor; e a frustração do meio executório, que ocorre quando o executado não mais dispõe do bem da vida almejado pelo exequente. E, ao final, apresentou-se a nova disposição das hipóteses de fraude à execução do CPC/2015: (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 art. 828; (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 a alienação ou oneração ocorrer na pendência de ação que possa levar o devedor à insolvência..

Assim, restou evidenciado que as três primeiras hipóteses são de ordem objetiva, ou seja, com averbação do gravame na matrícula do imóvel, haverá presunção absoluta de fraude à execução a alienação ou oneração do bem. Mas, por outro lado, remanesceu a última hipótese subjetiva de fraude, com presunção relativa de fraude, sob a qual recai a controvérsia do tema.

No último capítulo, adentrou-se propriamente na controvérsia que paira sobre a atribuição do ônus da prova na fraude à execução. Iniciou-se com a análise da súmula n. 375 do STJ, na medida foi apresentado todo o histórico que culminou com a sua edição. Após, arazoou-se acerca das diferentes aplicações e interpretações que dela derivaram, terminando com a análise do REsp repetitivo n. 956.943, que afetou a orientação da súmula, segundo a qual deve ser provada a má-fé do terceiro adquirente.

Após isso, nos tópicos seguintes fez-se breves explanações acerca da Lei 13.097, a problemática do § 2º do art. 792 do CPC/15, a boa-fé do terceiro adquirente, até alcançar a solução a distribuição do ônus da prova. Objetivava-se, com isso, perpassar por todas as

nuances e incongruências que envolvem o tema, de modo a localizar e destacar as diferentes interpretações que o envolvem.

Pela análise realizada, identificou-se duas correntes que permeiam o tema: uma que defende que, para a configuração da fraude à execução, além dos requisitos objetivos da fraude (litispêndência e frustração do meio executório), deve o exequente realizar a demonstração da má-fé do terceiro adquirente, vez que deve prevalecer o princípio universal da boa-fé objetiva (boa-fé se presume; má-fé se prova); e outra que defende que, presentes os requisitos dispostos no inciso IV do art. 792 do CPC/15, presume-se a fraude à execução, de modo que, ela somente não poderá ser configurada, se o próprio terceiro adquirente demonstrar a sua boa-fé na aquisição do bem.

Porém, muito além dessa discussão, defendeu-se que deve prevalecer a estabilidade das relações jurídicas, tanto crédito devido ao exequente, quanto segurança jurídica do negócio jurídico da coisa adquirida pelo terceiro. Assim, propôs-se a fixação de critérios claros e objetivos, a partir da definição de que será terceiro adquirente de boa-fé aquele que apresentar as certidões negativas judiciais da comarca do bem e da residência do alienante, de modo que será ele o incumbido de fazer prova da sua boa-fé, a partir da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, vez que o adquirente reúne melhores condições para demonstrar que agiu de boa-fé.

Pela exposição realizada, dar-se-á ao exequente, novamente, a possibilidade de utilização da fraude à execução como ferramenta de obtenção do seu crédito, a despeito do devedor larápio. E, da mesma forma, o adquirente terá a devida segurança jurídica na aquisição de bens, visto que, a partir da obtenção das certidões negativas judiciais e da inexistência de ações ou constrições no imóvel que está adquirindo, não haverá qualquer possibilidade daquele negócio ser reputado em fraude.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Fraude a credores e à execução: novo Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Revista Jurídica, v.63, n.452, jun./2015.
- AMADEO, Rodolfo da Costa Manso. *A relevância do elemento subjetivo na fraude de execução*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p.220.
- AMARAL, Carlos Eduardo Rios. *Dos princípios e das garantias fundamentais de processo no Código Fux*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < <http://goo.gl/7IHjly>>. Acesso em: 18 out. 2015.
- ANDRIGHI, Fátima, Nancy. *Fraude de execução: o Enunciado 375 da Súmula/STJ e o Projeto do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2014.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 17. ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 316.905/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Felipe Salomão, DJ 18.12.2008.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 333.161/MS, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15.4.2002
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 819.198/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 12.6.2006.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 618.625-SC, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 11.4.2008
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.113.871/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 15.7.97
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp Repetitivo n. 956.943/PR, Corte Especial, Min. Fátima Nancy Andrichi, DJ 20.8.2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp.3.338/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Cláudio Santos, DJ 14.08.1990.
- _____. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AgIn 96.838/SP, 1ª T., julgado em 20.03.1984, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 13.04.1984
- CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3211, 16 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21525>>. Acesso em: 27 set. 2015.
- CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: Admissibilidade e relevância. In: IRTI, Natalino. *Saggi di teoria generale del diritto*. Milão: Giuffrè, 1984.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. São Paulo: Bookseller, 2005.
- _____. *Lezioni – processo di esecuzioni*. Padova: CEDAM, 1932.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 2. Salvador: JusPodium, 2015.
- DINAMARCO, Cândido. *Execução Civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DUTRA, Fernanda Arruda. *Fraude de execução e efetividade da prestação jurisdicional*. São Paulo: Revista Iob de Direito Civil e Processual Civil, v.13, n.96, jul/ago. 2015.

- FERRARI NETO, Luiz Antônio. *Fraude contra credores vs. fraude à execução e a polêmica trazida pela Súmula 375 do STJ*. São Paulo: Revista de Processo, v.36, n.195, maio/2011.
- KERN, Marinho Dembinski. *A Lei 13.097/2015 adotou o princípio da fé pública registral?* São Paulo: RT, Revista de Direito Imobiliário, vol. 78/2015.
- KLEIN, Frederico. *Comentários ao art. 615-a do CPC - Da averbação da certidão de ajuizamento de execução*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 44, ago 2007.
- LAMY, Eduardo Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter; *A averbação premonitória do recebimento da execução: um retrocesso do novo cpc?* Florianópolis: Editora Conceito, 2015.
- _____. *A averbação do ajuizamento da ação (art. 615-A do CPC): Análise do procedimento, aplicação para além da execução por quantia certa e a previsão no projeto do novo código de processo civil*. Florianópolis: Editora Conceito, 2014
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1963.
- MAIDAME, Márcio Manoel. *Fraude à execução, adquirente de boa-fé, art. 615-A do CPC e a súmula 375 do STJ*. Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, São Paulo, n.94, jan./2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.
- _____. *O Projeto do CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MELO, Jefferson Douglas Santana de. *Novos contornos da fraude à execução: consoante a súmula 375 do STJ*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo: v.34, n.71, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil de 73*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ônus da Prova na Fraude à Execução*. São Paulo: Revista Jurídica Consulex, ano XV, n. 336, janeiro de 2011.
- NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; *A responsabilidade patrimonial secundária e a fraude à execução do atual CPC até o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 103, vol. 950, Dezembro/2014.
- SALGADO, Fabiana Cristhina Almeida Probst. *Comentários à Súmula 375 do STJ*. Revista de Direito Imobiliário, Sao Paulo , v.34, n.70, jan./jun. 2011.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.
- SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Tratado do processo de execução: da execução civil dos elementos básicos do processo*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.
- SILVA, Bruno Mattos e. *Fraude à Execução por Insolvência: A Lei n, 13.094/2015 e o Novo CPC. Compra de Imóveis*. São Paulo: Atlas, 2015.
- SOUZA, Gelson Amaro de Souza. *Fraude à Execução e o Procedimento no CPC/2015*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n. 149, 2015.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Fraude de execução*. São Paulo: RT, 1986, p.228

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume I - processo de execução e cumprimento da sentença: processo cautelar e tutela de urgência*. 49. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de direito processual civil: volume II - processo de execução e cumprimento da sentença: processo cautelar e tutela de urgência*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VICENTINI, Fernando Luiz. *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3633, 12 jun. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24683>

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e do direito autônomo a prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.