

O ÔNUS DA PROVA DO REQUISITO SUBJETIVO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

Julizar Barbosa Trindade Júnior¹

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao ônus da prova do requisito subjetivo da fraude à execução, especialmente na hipótese de alienação ou oneração de bens passíveis de registro. Pretende-se demonstrar que, mesmo na ausência de averbação da litispendência, da hipoteca judiciária ou da constrição judicial no registro do bem, atribuir ao credor o ônus de demonstrar a má-fé do terceiro adquirente não mais se amolda ao CPC de 2015, especialmente em face do § 1º do artigo 373, que trata da modificação do ônus da prova, e do § 2º do artigo 792, que estabelece um padrão de comportamento consentâneo à boa-fé objetiva e que deve ser observado pelos adquirentes em geral, independentemente da natureza do bem (passíveis ou não de registro).

Palavras-chave: Fraude à execução. Requisito subjetivo. Ônus da prova.

ABSTRACT

The present work is dedicated to the burden of proof from the subjective requirement of execution fraud, especially in case of disposal or encumbrance of registerable goods. It is intended to demonstrate that, even in the lack of annotation, assigning on the lender the burden of showing the bad faith of the third buyer no longer fits the CPC 2015, especially in view of the Section 373 (§1) which sets the modification of the burden of proof, and the Section 792 (§ 2) which establishes a standard of behavior according to objective good faith and which must be observed by acquirers in general, regardless to the nature of the goods (registerable goods or not).

Keywords: Execution fraud. Subjective requirement. Burden of proof.

¹ Artigo científico elaborado sob a orientação do Professor Anselmo Prieto Alvarez para fins de conclusão do curso de especialização Direito Processual Civil – ESA/MS da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se ao ônus da prova do requisito subjetivo da fraude à execução (*scientia fraudis*).

Após breves palavras sobre o princípio da responsabilidade patrimonial, serão aqui mencionadas as hipóteses normativas de fraude à execução previstas no artigo 792 do Código de Processo Civil.

Na sequência, será abordado o requisito subjetivo da fraude, para, então, adentrar-se no tema do ônus de sua prova, seja na hipótese de alienação ou oneração de bens *não passíveis de registro*, seja na alienação ou oneração de bens *sujeitos a registro* (como imóveis, veículos, aeronaves, embarcações etc.).

Analisar-se-á a atribuição do ônus de prova da *scientia fraudis* na legislação, na doutrina majoritária e na jurisprudência dominante.

Merecerá especial atenção a fraude decorrente da alienação ou oneração de bens *sujeitos a registro* quando, todavia, inexistir a averbação da litispendência, da hipoteca judiciária ou da constrição, situação em que, conforme o enunciado 375 da súmula STJ, seria *do credor* o ônus de comprovar a má-fé do terceiro adquirente.

No entanto, será aqui defendido que essa atribuição *ao credor* do ônus de demonstrar a *scientia fraudis* – mesmo que se trate de bens sujeitos a registro e embora ausente qualquer averbação – não mais se amolda ao CPC de 2015, especialmente em face do § 1º do artigo 373, que trata da alteração do ônus da prova, e do § 2º do artigo 792, que estabelece o desenho de um padrão de comportamento consentâneo à boa-fé objetiva e que deve ser observado pelos adquirentes em geral, independentemente da natureza do bem (passíveis ou não de registro).

Ver-se-á que a excessiva dificuldade imposta ao credor, ao se lhe atribuir tal ônus, enfraquece o instituto da fraude e prejudica a efetividade da jurisdição.

Será destacado que exigir do credor lesado, autor ou exequente, a comprovação da ciência da fraude pelo terceiro adquirente vai de encontro à boa-fé objetiva e ignora a publicidade das demandas judiciais pendentes em face do vendedor. Ademais, dispensar os adquirentes de bens passíveis de registro de diligências mínimas de cautela equivale também a incentivar a fraude e a fomentar a litigiosidade, além de subtrair a eficácia da execução.

Ao final, será informado um padrão mínimo de cautela que o adquirente deve adotar antes da celebração de todo negócio jurídico que represente relevância econômica, a fim de evitar o risco de incorrer em fraude à execução.

Destacar-se-á ainda a importância de o credor diligenciar a averbação da pendência da ação real ou reipersecutória, da pendência da execução admitida, da hipoteca judiciária ou da constrição judicial, bem como a averbação da pendência da ação capaz de reduzir o devedor à insolvência, para que possa beneficiar-se da *presunção absoluta* de conhecimento da fraude pelo terceiro.

Enfim, acredita-se que o tema aqui tratado seja relevante e atual.

Como bem expressou a Ministra Nancy Andrichi, em seu voto no REsp 956.943/PR, a definição dos requisitos necessários à caracterização da fraude à execução “ainda é tormentosa, há tempos desafiando doutrina e jurisprudência, sendo até hoje fonte de divergências”, especialmente quanto “à determinação de quem suporta o ônus de provar a ciência ou não do terceiro adquirente acerca da fraude”.

No mesmo sentido, José Eli Salamacha destaca que o tema da fraude à execução “é dos mais atuais, principalmente em razão de que juízes e tribunais continuam lhe dando tratamento nada uniforme”. E acrescenta o autor²:

As diferentes formas de decidir continuam trazendo insegurança jurídica tanto às partes que participam de um negócio jurídico, como é o caso, por exemplo, de alguém que, ao adquirir um imóvel, não tem a certeza de que no futuro não será surpreendido com a alegação de fraude à execução ou fraude contra credores, como àquele que se encontra em demanda judicial para cobrança de um crédito, que corre o risco de, ao final, embora vencedor, ver seu direito de recebimento frustrar-se em face da inexistência de bens passíveis de penhora, fruto do esvaziamento patrimonial do devedor ocorrido no curso da demanda judicial.

(...)

E um verdadeiro Estado Democrático de Direito deve contar com um sistema jurídico capaz de combater a fraude e tornar efetiva a prestação jurisdicional. Ao mesmo tempo é necessário que esse sistema proporcione segurança jurídica a seus cidadãos, assegurando aos cidadãos que determinadas relações ou situações jurídicas não serão modificadas, evitando surpresas nas relações entre particulares ou entre eles e o Poder Público.

² SALAMACHA, José Eli. *Fraude à execução – Proteção do credor e do adquirente de boa-fé*. In: *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Coord. Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

Sobretudo em tempos de crise de econômica e, principalmente, “de crise de degeneração dos costumes, da moral e dos princípios éticos”³, os expedientes de fraude merecem especial atenção.

2 O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Na origem do direito romano, o devedor respondia por suas dívidas com o seu corpo físico. Submetido a esquiteamento ou mesmo à morte, o responsável pelo cumprimento da obrigação podia também ser vendido em hasta pública ou ser reduzido à condição de escravo, até que a dívida viesse a ser adimplida. Contudo, o seu patrimônio mantinha-se intocável.⁴

Com a evolução do conceito de obrigação, aliada à humanização do direito, a execução passou da pessoa do devedor para o seu patrimônio. Pode-se então dizer que, com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C., a responsabilidade assumiu um caráter patrimonial.⁵

Hoje, a essência da *responsabilidade* reside no patrimônio do devedor, máxime quando se tratar de execução de *obrigação* de pagar quantia.⁶

A responsabilidade patrimonial do devedor encontra-se expressa no artigo 789 do atual CPC, que assim dispõe: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.⁷

O direito do credor é, assim, um direito sobre o patrimônio do devedor.

É no patrimônio do devedor, portanto, que os credores têm a sua garantia.⁸

³ SALAMACHA, José Eli. *Fraude à execução – Proteção do credor e do adquirente de boa-fé*. In: *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Coord. Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 71.

⁵ *Ibid.*, p. 71.

⁶ Não se pode deixar de mencionar que o princípio da responsabilidade patrimonial convive com técnicas de execução indireta e com medidas de coerção, especialmente nas obrigações de fazer ou de não fazer, quando se deve preferir a tutela específica ao seu equivalente em dinheiro. No entanto, mesmo nessas espécies de execução, inadimplida a obrigação, a eventual conversão em perdas e danos deverá recair sempre sobre o patrimônio do devedor.

⁷ Sérgio Shimura ensina que a *obrigação*, “no sentido de *dívida*”, é objeto do direito material. Por sua vez, a *responsabilidade*, “como sujeição dos bens do devedor à sanção, submetendo-se à expropriação executiva”, pertence ao direito processual. Obrigação e responsabilidade, assim, seriam “conceitos inconfundíveis”, muito embora normalmente reunidos numa mesma pessoa. Se não pode existir dívida sem responsabilidade, seria possível, todavia, existir responsabilidade sem dívida. O autor defende também existir diferença entre *legitimidade passiva* e *responsabilidade patrimonial*, pois “pode acontecer que bens de terceiros, que não devedores, nem partes na execução, venham a ser atingidos pelo processo executivo”. O sujeito passivo “é o executado, é o responsável pelo pagamento, é parte, portanto”. O responsável patrimonial pode ser um terceiro, “e somente seus bens ficam sujeitos à execução”. (SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 78-80).

⁸ Nesse sentido é o artigo 2.093 do Código Civil francês.

Essa ideia é o fundamento do princípio da responsabilidade patrimonial. Enquanto existir a dívida, haverá um estado de sujeição dos bens do devedor ao direito do credor.

Enfim, o devedor obriga-se, mas o seu patrimônio responde.⁹

Nessa ordem, a responsabilidade patrimonial representa também um limite ao próprio direito de propriedade. Se, de um lado, o direito assegura ao proprietário a faculdade de usar, gozar e de dispor de seus bens, de outro, o seu patrimônio deve responder por suas dívidas. Logo, alienações ou onerações que reduzam ou limitem o patrimônio do devedor, a ponto de prejudicar credores, são fatos que não podem deixar de ser censurados pelo ordenamento.

Haverá nessas situações, todavia, um complexo conflito entre pretensos direitos. Além do direito de propriedade do devedor (a quem se permite dispor de seus bens) e do direito do credor (que tem a sua garantia no patrimônio do alienante), estarão ainda em jogo direitos de terceiros, adquirentes ou beneficiários.

Essa colisão de interesses impõe, pois, o estudo e a compreensão das normas e dos institutos processuais que se preordenam a evitar que o direito do devedor de dispor de seus bens enseje uma redução ou uma limitação patrimonial que afete o adimplemento de suas obrigações – seja pela caracterização do estado de insolvência, seja pela frustração do processo de execução – e que prejudique terceiros.

3 A FRAUDE À EXECUÇÃO

A fraude à execução é a conduta do devedor que causa dano não apenas ao credor (como ocorre na fraude contra credores), mas também à atividade jurisdicional. Por essa razão, cuida-se de instituto de natureza processual.¹⁰

Materializa-se a fraude à execução pela alienação ou oneração de bens¹¹ (venda, doação, hipoteca, usufruto, penhor, promessa irrevogável de compra e venda, remissão, constituição de nova garantia, alteração do regime de casamento, dação em pagamento, renúncia à herança ou qualquer outro ato de redução ou limitação patrimonial¹²) praticada no curso de processo judicial executivo ou mesmo no curso de qualquer processo judicial apto a ensejar futura execução.

⁹ CAHALI, Youssef Said. *Fraude contra credores*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 22.

¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 392.

¹¹ Seja porque outorgam privilégios a outros credores, seja porque desvalorizam o bem.

¹² Ressalve-se que, nos termos do artigo 55 da Lei nº 13.097/2015, a alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de decretação de ineficácia.

A litispendência é, pois, requisito da fraude à execução.

Demais disso, exige-se que do ato de disposição, necessariamente contemporâneo à pendência de uma relação processual, decorra um estado de insolvência do devedor (art. 792, IV, do CPC) ou, ao menos, uma “frustração do meio executório” (art. 792, I, II e III).¹³

Para além da própria lesão ao credor, trata-se de fraude que, como dito, frustra também a própria atividade executiva. Caracterizada a fraude à execução, a alienação ou a oneração realizada pelo devedor será *ineficaz* para o credor (exequente ou autor da ação de conhecimento), nos expressos termos do artigo 792, §1º, do CPC.

Por conseguinte, o bem, ainda que alienado pelo devedor e já agora inserido na propriedade de terceiro, continuará a responder pelo adimplemento do débito, tal qual jamais tivesse ocorrido o ato de disposição. Araken de Assis, bem por isso, menciona cuidar-se, em relação ao terceiro adquirente, de “autêntico exemplo de responsabilidade sem débito”.¹⁴

Evidentemente, o terceiro adquirente, uma vez expropriado o bem adquirido, poderá valer-se da ação de regresso contra o alienante, seja para pleitear a devolução do valor pago, seja para pleitear eventual indenização por outros prejuízos que possa ter efetivamente suportado.

Vale anotar que, para o reconhecimento da fraude à execução, não é necessário o ajuizamento de ação autônoma pelo credor. A fraude poderá ser suscitada incidentalmente (*incidenter tantum*) no curso do processo de execução ou em defesa contra eventuais embargos de terceiro, opostos pelo adquirente do bem (artigo 674, §2º, II, do CPC).

Há quem entenda, ademais, que a fraude possa ser reconhecida inclusive de ofício pelo juiz, uma vez que, além de lesar o credor, prejudica também a própria atividade jurisdicional.¹⁵ Daí decorre, inclusive, que a fraude à execução é expressamente qualificada como ato atentatório à dignidade da justiça pelo artigo 774, I, do CPC e também tipificada no artigo 179 do Código Penal.

Reconhecer a fraude *ex officio*, contudo, não significa dispensar a prévia oitiva do terceiro adquirente, o qual poderá defender-se via embargos de terceiro, no prazo de 15 dias (artigo 792, §4º, do CPC), ou, ainda, defender-se nos próprios autos da execução.¹⁶

¹³ Araken de Assis afirma que “a ideia de frustração dos meios executórios sobrepõe, à luz do art. 792, à de insolvência”. (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 380).

¹⁴ *Ibid.*, p. 373.

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 394.

¹⁶ Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira advertem, todavia, haver quem entenda que o terceiro não possa defender-se nos autos da execução, mas apenas via embargos

A exigência de se oportunizar a manifestação do terceiro, que decorre do princípio do contraditório, visa a, evidentemente, permitir-lhe comprovar a sua boa-fé, tema que será adiante analisado em capítulo próprio.

Vale, todavia, o registro da opinião divergente de Araken de Assis, para quem, nada obstante se encontrar comprovada a fraude no processo, “o juiz não pode pronunciá-la *ex officio*”, pois não caberia ao magistrado interferir na esfera jurídica do terceiro adquirente ou beneficiário, sem pedido do exequente.¹⁷

4 REQUISITOS OBJETIVOS DA FRAUDE À EXECUÇÃO (AS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 792 DO CPC)

Nos itens que se seguem serão analisados os requisitos objetivos da fraude à execução, ou seja, em quais situações a alienação ou a oneração realizada pelo devedor poderá ser considerada *ineficaz* perante o credor.

As hipóteses que caracterizam a fraude à execução estão agora descritas nos incisos I a V do artigo 792 do CPC de 2015, que substitui o artigo 593 do Código de Processo Civil de 1973.

Pois bem. O atual artigo 792 considera fraude à execução a alienação ou oneração de bens (1) 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; (2) quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do seu artigo 828; (3) quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; (4) quando tramitava contra o devedor, ao tempo da alienação ou da oneração, ação capaz de reduzi-lo à insolvência; e (5) nos demais casos expressos em lei.

4.1 Alienação ou oneração de bem na pendência de ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória (art. 792, I, do CPC)

de terceiro. Acrescentam que Araken de Assis defende que os embargos do artigo 792, §4º, do CPC seriam preventivos e, com a posterior constrição, devem ser admitidos embargos de terceiro com função repressiva no prazo de 05 dias do ato de expropriação, nos termos do artigo 675 do CPC. Ademais, assinalam os mencionados autores que, seja tendo caráter preventivo, seja repressivo, tratando-se de discutir fraude à execução, o prazo dos embargos seria sempre de 15 dias (Enunciado 191 do FPPC), sendo que somente aos demais casos de embargos de terceiro aplicar-se-ia a disciplina do artigo 657 do CPC. (Ibid., p. 394).

¹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 398.

Nos termos do artigo 792, I, do CPC, haverá fraude à execução quando sobre o bem onerado ou alienado “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”.

A regra do artigo 792, I, reproduz, em síntese, o disposto no artigo 790, I, do CPC. A hipótese cuida das demandas que versam sobre a obrigação de entrega de coisa, como ocorre, por exemplo, no contrato de comodato.¹⁸ Aqui, a alienação ou oneração efetivada pelo devedor recai sobre o bem que deveria ter sido entregue ao credor.

Ainda como exemplo, cite-se a ação reivindicatória. No caso de o bem ter sido alienado, a ação prossegue contra o alienante (art. 109 do CPC), mas a ineficácia da venda atingirá o patrimônio do terceiro, atual proprietário.

Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁹ anotam que os artigos 792, I, e 790, I, já estariam compreendidos no artigo 109 do CPC, que trata da alienação da coisa ou direito litigioso. Contudo, o diferencial do dispositivo constante do Livro II seria a previsão expressa de que, com a averbação da pendência no registro público, ter-se-á uma presunção absoluta de ciência da fraude pelo terceiro (*scientia fraudis*).

Exemplificativamente, vale anotar que estão sujeitos a registro público os imóveis (Lei nº 6.015/1973), os veículos (Lei nº 9.503/1997), as aeronaves (Lei nº 7.565/1986), as embarcações (Lei nº 7.652/1988) e as ações de sociedade anônima (Lei nº 6.404/1976).

É de relevo registrar que, por sua própria natureza, a fraude caracterizada no artigo 792, I, do CPC prescinde da comprovação da insolvência do devedor.

4.2 Averbação do processo de execução no registro do bem alienado ou onerado (art. 792, II, do CPC)

Ao passo que o inciso I do artigo 792 exige, para a caracterização da fraude à execução, a pendência de ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, as hipóteses de que cuidam os incisos II, III e IV referem-se a alienações ou onerações de bens na litispendência de ação pessoal que versa sobre obrigação pecuniária.

¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 395.

¹⁹ *Ibid.*, p. 396.

O inciso II do artigo 792 disciplina a situação em que a alienação ou a oneração do bem se verifica no curso da execução²⁰ admitida²¹ e já averbada no respectivo registro, nos termos do artigo 828 do CPC.

Essa hipótese exige, portanto, (1) um ato de alienação ou de oneração (um ato de disposição do devedor); (2) a pendência de um processo de execução admitida contra o devedor; e (3) a averbação da pendência dessa execução no órgão de registro do bem (CRI, Detran, capitania dos portos, registro aeronáutico etc.).

Não basta qualquer processo, impõe-se que seja uma execução já admitida. Para além da simples distribuição da execução, exige-se que o juiz tenha admitido o processamento do feito executivo.

Ademais, a pendência desse processo de execução deve ser previamente averbada no registro do bem que veio a ser alienado ou onerado. Averbada a existência da execução admitida no registro do bem alienado ou onerado, estabelece o CPC uma presunção absoluta de fraude à execução (artigo 828, §4º).

Daí, pois, a importância de o exequente proceder à averbação da execução admitida, o que permite antecipar o objetivo que só viria a ser atingido com a futura averbação da penhora.

Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que essa espécie de fraude prescindiria da demonstração da insolvência. Ademais, defendem que, caso o devedor solvente deseje a alienação do bem em cujo registro se encontra averbada a existência da execução admitida, deverá requerer ao juízo a averbação em um outro bem de seu patrimônio, igualmente suficiente à garantia da execução, a exemplo da hipótese do artigo 847 do CPC, que trata da modificação da penhora.²²

A possibilidade de averbação da execução é medida de grande interesse ao credor, eis que permite a incidência da presunção da fraude à execução mesmo antes da citação do executado, especificamente em face do entendimento consagrado²³ de que, para o sujeito passivo, somente a citação válida induz litispendência.

²⁰ Diga-se, alienado ou onerado no curso da execução de título executivo extrajudicial *ou* na fase de cumprimento de sentença (Enunciado 529 do FPPC).

²¹ Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que o art. 799, IX, deve ser interpretado em consonância com o artigo 828, de modo a se entender que, em ambos os casos, a averbação pressupõe que a execução seja admitida, e não meramente proposta. De outro modo, dizem os autores, a exigência do art. 828 seria “letra morta”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 403).

²² DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 404.

²³ Nesse sentido, Araken de Assis destaca que desde sempre proclamou o STJ: “Para que se configure a fraude de execução, não basta o ajuizamento da demanda, mas a citação válida”. É de relevo anotar também que, ao

Evidentemente, o artigo 828 visa a proteger o exequente, sobretudo no caso de título executivo extrajudicial, quanto ao período de lacuna verificado entre a propositura da execução e a citação do devedor. Por certo, sem essa averbação, o executado, mesmo tendo deixado de adimplir dívida de que sabe vencida, teria largo hiato para dispor livremente de seu patrimônio antes da sua citação, em manifesto prejuízo aos credores e à atividade executiva.

Com a averbação, haverá, mesmo antes da citação do executado, presunção absoluta de fraude no ato de disposição, não podendo, ademais, nem mesmo o terceiro adquirente alegar desconhecimento da litispendência.

4.3 Averbação de hipoteca judiciária ou de constrição judicial (art. 792, III, do CPC)

Configura também fraude à execução a alienação ou oneração de bem em cujo registro já havia sido averbada hipoteca judiciária ou constrição judicial.

A fraude aqui é manifesta. O bem está hipotecado judicialmente, está penhorado ou é objeto de arresto, por exemplo, e o devedor dele se dispõe.

Com a hipoteca judicial ou após a constrição, o bem já está vinculado à execução.

A hipoteca judiciária está prevista no artigo 495 do CPC como efeito anexo da sentença condenatória em obrigação pecuniária. É um direito real de garantia, por meio do qual o bem do devedor passa a garantir o adimplemento da obrigação.

A finalidade da hipoteca é a de assegurar a efetividade da futura execução, pois confere ao credor direito de sequela e direito de preferência (art. 495, §4º).²⁴

A disposição do bem hipotecado ou constrito é ineficaz perante a execução, presente ou futura, e independe da insolvência do devedor.²⁵

O credor, a despeito da solvência do devedor, poderá perseguir o bem hipotecado ou constrito ainda que já esteja no domínio de terceiro.

Naturalmente, com a averbação da hipoteca judiciária ou da constrição, há também presunção absoluta da ciência da fraude pelo terceiro (artigo 495, §2º, e 844 do CPC).

contrário do efeito interruptivo da prescrição, não há quanto à litispendência a retroação ficta ao momento do ajuizamento, de modo que o ato de disposição praticado pelo devedor após o ajuizamento da ação e antes da sua citação não caracteriza fraude à execução, ressalvada, evidentemente, a averbação prevista no artigo 828 do CPC (artigo 792, II, do CPC). (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 377).

²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 405.

²⁵ Cite-se, de exemplo, a compensação de crédito penhorado, vedada pelos artigos 857 e 858 do CPC e pelo 380 do CC, além de afrontar a boa-fé (STJ, REsp 1.208.858/SP).

4.4 Pendência de ação capaz de reduzir o devedor à insolvência (art. 792, IV, do CPC)

Eis aqui a hipótese mais comum de fraude à execução. Caracteriza fraude à execução a alienação ou oneração de bem pelo devedor na pendência de ação capaz de reduzi-lo à insolvência. É a antiga hipótese do artigo 593, inciso II, do CPC de 1973.

Portanto, no momento da alienação ou oneração, já tramitava ação suficiente a levar o devedor à insolvência. Não se cuida da alienação da coisa litigiosa ou do bem constricto, mas de qualquer bem que poderia satisfazer, parcial ou integralmente, o crédito pecuniário do autor ou do exequente.

A caracterização dessa hipótese de fraude, que tutela o crédito pecuniário, exige: (1) que a alienação ou oneração seja capaz²⁶ de reduzir o devedor à insolvência (*eventus damni*) e (2) que a alienação ou oneração seja efetivada quando já tramitava ação (penal ou cível, executiva, constitutiva, condenatória, declaratória, mandamental, cautelar, arbitral²⁷ etc.) contra o devedor (litispendência).

Vale repetir que, nos termos do artigo 240 do CPC, para o réu, é a citação válida que induz a litispendência. Assim, entende-se que seria a partir da citação²⁸ que os atos de alienação ou de oneração (diminuição patrimonial), que reduzam ou possam reduzir o devedor à insolvência, serão considerados fraudulentos.²⁹

Contudo, não se pode ignorar a possibilidade de restar comprovado, por qualquer meio de prova, que o devedor tinha ciência da pendência demanda antes mesmo de sua citação, hipótese em que as alienações ou onerações devem ser igualmente consideradas em fraude à execução.³⁰

Prescindível será também a citação se a execução tiver sido antes averbada no registro do bem, na forma do artigo 828, §4º, do CPC. É que, em regime de recurso repetitivo, assim

²⁶ Entende-se, todavia, que não basta que a demanda pendente seja potencialmente capaz de reduzir o devedor ao estado insolvência: a insolvência há de vir a ser real. Sem a insolvência (*eventus damini*), não haverá dano e não haverá fraude. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 401).

²⁷ Sobre a sentença arbitral, merece registro a observação de Fredie Didier: “O único cuidado a mais é verificar se o terceiro beneficiário sabia ou tinha como saber da litispendência”. (Ibid., p. 397).

²⁸ Yussef Said Cahali entende, contudo, que o marco inicial da configuração da fraude seria a data da distribuição, e não a data da citação. De fato, para o autor da ação, já há litispendência desde o momento da propositura, que se dá com o protocolo inicial, nos termos do artigo 312 do CPC. Ademais, com o registro ou distribuição da petição inicial, já é possível ao terceiro adquirente, por meio da obtenção de certidões judiciais, ter ciência da litispendência - independentemente da citação válida do réu. (CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 431)

²⁹ DIDIER JUNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, op.cit., p. 398.

³⁰ Nesse sentido, REsp 1.044.823/PR, REsp 1.085.933/SP e AgRg no AREsp 423.989/DF, entre outros.

entendeu o STJ no REsp 956.943/PR: “É indispensável a citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC” (atual artigo 828, §4º, diga-se).

De outro lado, a configuração da fraude exige a comprovação do *eventus damni*, que, aqui, deve corresponder ao estado de insolvência do devedor.³¹

Por certo, se, a despeito da alienação ou da oneração, o devedor ainda mantiver bens e valores em seu patrimônio suficientes à satisfação de suas obrigações, não haverá dano e, por decorrência, não haverá fraude. Neste caso, há que se entender que o exercício do direito de dispor de seu patrimônio foi exercido pelo devedor dentro dos limites da licitude, sem prejuízo ao direito de garantia dos credores. Sem dano, sem fraude!

Mas, demonstrada a inexistência ou insuficiência de outros bens penhoráveis para a satisfação da obrigação, restará caracterizada a insolvência (*eventus damni*), requisito essencial da hipótese de fraude aqui tratada.

Restando controvertida a situação de insolvência, caberá ao próprio devedor comprovar que ainda existem bens em seu patrimônio, embora não indicados pelo credor. Por certo, não seria razoável impor ao credor a prova diabólica³² do fato negativo da inexistência de bens penhoráveis.³³

Como visto, a alienação ou a oneração pode materializar-se pela venda, doação, hipoteca, usufruto, penhor, promessa irrevogável de compra e venda, remissão, constituição de nova garantia, alteração do regime de casamento, bem como por qualquer outro ato que reduza à insolvência o patrimônio do devedor.

Questão de relevo surge quando a redução patrimonial e o estado de insolvência decorrem não de um ato de disposição isolado, mas, sim, de sucessivas alienações ou onerações, a envolver diversos terceiros. Nesta hipótese, a doutrina³⁴ defende que a configuração da fraude

³¹ Como anota Araken de Assis, a “cognição judicial, no exame do elemento insolvência para fins de fraude contra o processo executivo, é sumária”. (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 394).

³² A doutrina utiliza a corrente expressão “prova diabólica” para referir-se à prova cuja produção revela-se “imposible o muy difícil”. (LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge Walter (dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 119.)

³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 401.

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 402.

deve ser verificada regressivamente, do ato de disposição mais recente ao mais remoto, até quando se verificou a insolvência.³⁵

Por fim, diga-se que não se exige do alienante a ciência de que a disposição dos bens por ele praticada está a ensejar a sua insolvência. Trata-se de presunção absoluta do elemento subjetivo em relação ao próprio devedor.³⁶

4.5 Os demais casos expressos em lei (artigo 792, V, do CPC)

O inciso V do artigo 792 do CPC estabelece ainda que haverá fraude à execução nos demais casos expressos em lei.

Como exemplo, podem ser citados o artigo 185 do CTN, o artigo 4º da Lei nº 8.009/90³⁷ e o artigo 856, §3º, do CPC.

Nos termos do artigo 185 do CTN, presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Vale anotar que, conforme decidido no Recurso Especial nº 1.141.990/PR³⁸ (Relator Ministro Luiz Fux), o STJ restou por definir que, após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005, a simples alienação de bens, pelo sujeito passivo de débito tributário inscrito em dívida ativa, sem a reserva de meios para a sua quitação, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução.

Por outro lado, o artigo 4º da Lei nº 8.009/90 trata da situação em que o devedor, porque sabendo-se insolvente, concentra o seu patrimônio, antes disperso em outros bens³⁹, em

³⁵ Assim, por exemplo, imagine-se que o patrimônio de um executado, citado em 2016 para pagamento de uma dívida de R\$ 75.000,00, fosse constituído de três imóveis avaliados, cada qual, em R\$ 50.000,00. Suponha-se que esses bens vieram a ser alienados sucessivamente em 2017, 2018 e 2019. Neste caso, a fraude à execução deverá ser reconhecida em relação às últimas duas alienações, de 2018 e 2019, pois, quando efetivada a primeira venda em 2017, ainda restavam no patrimônio do devedor imóveis que, em princípio, eram suficientes para a garantia de suas obrigações. Veja-se que, aqui, a declaração de fraude apenas da última disposição não seria suficiente a restabelecer o estado de solvência do devedor.

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 402.

³⁷ Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.
§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

³⁸ Tema repetitivo 290.

³⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 395.

um único imóvel residencial, com o fim de beneficiar-se da impenhorabilidade do bem de família.

Já o artigo 856, §3º, do CPC trata da fraude à execução na penhora de crédito. Estabelece o dispositivo que, se o terceiro negar o débito em conluio com o executado, a quitação que este lhe der caracterizará fraude à execução.

5 DO REQUISITO SUBJETIVO DA FRAUDE À EXECUÇÃO (*SCIENTIA FRAUDIS* PELO TERCEIRO ADQUIRENTE)

Verificados os requisitos objetivos da fraude à execução (pendência de ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, pendência de execução admitida, hipoteca judiciária ou constrição judicial ou pendência de ação capaz de reduzir o devedor à insolvência), a *ineficácia* da alienação ou da oneração (consequência jurídica das hipóteses normativas descritas no artigo 792 do CPC) exigirá também a presença de um requisito de ordem subjetiva.

Para a caracterização da fraude, será necessário que o terceiro adquirente ou beneficiário dela tenha ciência (*scientia fraudis*). Por outras palavras, a fraude exige que o adquirente ou beneficiário tenha conhecimento de que se está diante de uma das situações previstas nos incisos do artigo 792 do CPC.

Dessa ciência decorre a má-fé, que prejudica o credor e frustra o processo de execução, presente ou futuro.

A ausência de boa-fé do terceiro, aqui traduzida no conhecimento da fraude (*scientia fraudis*), real ou presumido, é o pressuposto subjetivo da caracterização da fraude à execução.⁴⁰

É então de se questionar: como se comprova a má-fé? Quando a *scientia fraudis* deve ser presumida? Como se comprova a boa-fé? A quem compete o ônus probatório? Qual o padrão de comportamento que a lei impõe aos adquirentes em geral para evitar os efeitos da fraude à execução?

5.1 O requisito subjetivo (*scientia fraudis*) na alienação ou oneração de bem na pendência de ação real ou reipersecutória

⁴⁰ José Eli Salamacha afirma que a moderna doutrina “reconhece a influência da boa-fé em todas as áreas do direito e, principalmente, nos casos de alegação de fraude à execução, pois é aí que a má-fé encontra campo fértil para se desenvolver, e a existência desta é a demonstração de ausência de boa-fé”. (SALAMACHA, José Eli. *Fraude à execução – Proteção do credor e do adquirente de boa-fé*. In: *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Coord. Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 27).

Na hipótese do artigo 792, I, do CPC, haverá fraude à execução quando sobre o bem onerado ou alienado “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”.

Com a averbação da pendência no registro público do bem, ter-se-á uma presunção absoluta de ciência da fraude pelo terceiro (*scientia fraudis*).

Não tendo o credor efetivado a averbação da pendência da ação real ou reipersecutória, não haverá presunção absoluta.

Todavia, dizer que não há presunção absoluta de fraude *não significa* dizer que a fraude à execução não possa restar caracterizada.

De fato, a averbação transporta a presunção absoluta de má-fé. Mas, independentemente da averbação da ação real ou reipersecutória, haverá fraude se o terceiro tiver conhecimento da pendência da ação real ou reipersecutória e, por consequência, do caráter fraudulento da alienação ou oneração.

Veja-se que, tratando-se de bem não sujeito a registro (o que torna impraticável a averbação), dispõe expressamente o CPC ser do terceiro adquirente o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição (artigo 792, §2º, do CPC).

Por outras palavras, não se tratando de bem passível de registro, o terceiro adquirente terá o ônus de comprovar a sua boa-fé, por meio da demonstração de que, “mesmo adotando todas as cautelas exigíveis e esperadas – com a exibição das certidões cabíveis, tais como as negativas de débitos e de demandas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem -, não teria como saber da pendência do processo”.⁴¹

No entanto, cuidando-se de bem sujeito a registro público, mas deixando o adquirente de promover a averbação da pendência, eis então a questão que se coloca: caberá ao credor demonstrar a má-fé do terceiro ou caberá ao adquirente demonstrar a sua boa-fé?

A dizer de outro modo, será do exequente o ônus de comprovar que o terceiro tinha ciência da pendência da ação real ou reipersecutória ou caberá ao adquirente ou beneficiário comprovar que adotou as cautelas possíveis e exigíveis para a aquisição do bem?

⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 397.

5.2 O requisito subjetivo (*scientia fraudis*) e a alienação ou oneração de bem na pendência de ação pessoal de obrigação pecuniária

Cuidando-se de alienação ou oneração de bem em cujo registro havia sido averbada a pendência de execução admitida, averbada a hipoteca judiciária ou a constrição judicial (hipóteses do artigo 792, II e III), a *scientia fraudis* pelo terceiro (adquirente ou beneficiário pela oneração) é também presumida de forma absoluta.

Essa presunção decorre da publicidade imanente à averbação no registro do bem.

Contudo, e como dito acima, tratando-se de bem não sujeito a registro (como os bens móveis em geral), incumbe ao terceiro adquirente o ônus da sua boa-fé, pela comprovação de que adotou as medidas de cautela mencionadas no artigo 792, §2º, do CPC.

De igual modo, no caso de alienação ou oneração de bem no curso de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência (artigo 792, IV), efetivada a averbação da litispendência haverá presunção absoluta de conhecimento da fraude pelo terceiro.

Essa, em verdade, é a função da averbação.

Vale novamente anotar que tal averbação não se restringe a bens imóveis, podendo ser de igual modo aplicada a todos os demais bens passíveis de registro.

A averbação das execuções admitidas é regida pelo artigo 828 do CPC e independe de autorização judicial, o que se aplica ao cumprimento de sentença, por força do artigo 771 do CPC.⁴²

Já a averbação das demais ações aptas a conduzir o devedor à insolvência é regida pelos artigos 54, IV, e 56 da Lei nº 13.097/2015. Essa averbação depende de autorização judicial.

No entanto, tratando-se de bem não sujeito a registro, do que decorre uma impossibilidade fática de averbação pelo credor, cabe ao terceiro adquirente comprovar a sua boa-fé (artigo 792, §2º, do CPC).⁴³

Novamente aqui há então que se questionar: tratando-se de bem sujeito a registro (como imóveis, veículos etc.), mas não efetivada a averbação, será do credor o ônus de comprovar que o terceiro tinha ciência da pendência da execução admitida, da hipoteca judiciária, da constrição ou da pendência da demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência?

⁴² É nesse sentido o Enunciado 529 do FPPC.

⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 413.

Ou será do terceiro, adquirente ou beneficiário, o ônus de comprovar que estava de boa-fé, na mesma forma do artigo 792, §2º, do CPC?

6 DO ÔNUS DA PROVA DO REQUISITO SUBJETIVO NA HIPÓTESE DE AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO NO REGISTRO DO BEM: A DOUTRINA MAJORITÁRIA E A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Efetivada no registro do bem a averbação da pendência da ação real ou reipersecutória (artigo 792, I), da pendência da execução admitida (artigo 792, II), da hipoteca judiciária ou da constrição judicial (o artigo 792, III) ou da pendência da ação capaz de reduzir o devedor à insolvência (artigo 792, IV), ter-se-á uma *presunção absoluta* da fraude à execução.

Ademais, não se tratando de bem passível de registro, o que impossibilita qualquer averbação, o artigo 792, §2º, do CPC expressamente dispõe que terá o terceiro adquirente 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.⁴⁴

Com esse comportamento, o adquirente ou beneficiário comprova a sua boa-fé e, assim, afasta eventual reconhecimento de fraude.

Todavia, cuidando-se de bem sujeito a registro público (como são os imóveis, os veículos, as aeronaves, as embarcações e as ações de sociedade anônima), mas deixando o credor de promover a averbação, entende a doutrina majoritária que a caracterização da fraude exigiria *do credor* a comprovação de que o terceiro adquirente tinha, por outro meio, ciência da demanda pendente.

Nessa situação, seria ônus do autor ou do exequente, porque alegou a fraude, comprovar a ciência do terceiro. Assim também seria porque incumbia ao credor proceder à averbação, o que, contudo, não se fez.

Na defesa de que o ônus de demonstrar a *scientia fraudis* seria do credor, vale citar, entre tantos outros, Araken de Assis⁴⁵, Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula

⁴⁴ Ao tratar do artigo 792, §2º, do CPC, Humberto Theodoro Júnior entende que o referido dispositivo “reduz um pouco o alcance da Súmula 375 do STJ, visto que não mais imputa, invariavelmente, ao exequente o ônus de provar a má-fé do terceiro adquirente”. Ao contrário, acrescenta o autor, no caso de bens não submetidos a registro, será do terceiro que se exige provar a adoção das cautelas necessárias para a aquisição, mediante apresentação das certidões pertinentes. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 3 v. p. 335 e 336).

⁴⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 384.

Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁶, José Miguel Garcia Medina⁴⁷, Helder Moroni Câmara⁴⁸, Cássio Scarpinella Bueno⁴⁹, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁵⁰.

Mario Luiz Delgado⁵¹, em comentário ao artigo 792, inciso IV, do CPC assim afirma:

1.3. 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. 1.4. Inexistindo registro da penhora, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência. O terceiro adquirente, se não for provada a sua má-fé, pode afastar a constrição que venha recair sobre o bem.

Por sua vez, a jurisprudência igualmente atribui ao credor o ônus da demonstração da *scientia fraudis*.⁵² É assim, aliás, o teor da Súmula 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.⁵³

De exemplo, transcreva-se o seguinte trecho da ementa do AgInt no REsp nº 1.552.880/SP, de 11 de junho de 2019:

(...)

4. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cristalizada na Súmula 375, "*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*". E mais, nos termos da tese firmada pela Corte Especial do STJ, em sede de julgamento de recurso especial repetitivo, "*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*" (REsp 956.943/PR, Rel. p/ acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe de 1º/12/2014).

5. No caso dos autos, conforme delineado no v. acórdão recorrido, inexistia registro da penhora ou da existência da ação na matrícula do imóvel alienado, bem como não ficou comprovado que as agravantes, terceiras adquirentes,

⁴⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v. p. 409 e 412.

⁴⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 1143.

⁴⁸ CÂMARA, Helder Moroni. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 946.

⁴⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 649 e 650.

⁵⁰ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1658.

⁵¹ ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 932.

⁵² STJ, AgRg no REsp 953.747/MS.

⁵³ Araken de Assis expõe que, na falta da averbação dos atos constritivos “incumbe ao exequente o ônus de provar o conhecimento da pendência do processo pelo adquirente”. Da mesma forma, o autor atribui ao exequente o ônus de provar o conhecimento da litispendência pelo terceiro. (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 384 e 390).

tenham conhecimento da execução movida pela agravada em desfavor do alienante. Logo, é inviável o reconhecimento da fraude à execução.
6. Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial.

É assim também a posição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de que é exemplo recente acórdão prolatado na Apelação nº 1000482-35.2019.8.26.0625 (Relator Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho), de 06 de agosto de 2019:

EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. Inocorrência. Venda anterior ao início do cumprimento de sentença. Não demonstrado que, ao tempo da alienação, existia inscrição da penhora, mediante bloqueio no DETRAN. Ausência de indícios de má-fé do embargante, ônus que competia ao credor. Súmula 375 do E. STJ. Precedentes da jurisprudência. Recurso provido.

Não é diferente o posicionamento do TJ/MS, conforme se extrai do Agravo Interno nº 1406785-90.2017.8.12.0000 (Relator Desembargador Alexandre Bastos), de 30 de maio de 2018:

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO - PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO
Ainda que comprovada a alienação do bem após a citação, por si só, não significa a existência de fraude à execução, uma vez que o credor/recorrente não comprovou o requisito da má-fé do adquirente, ou seja, não exerceu o seu ônus de prova de que o adquirente tinha conhecimento de que a coisa era litigiosa. É certo que para configuração da fraude não exige averbação na matrícula do imóvel de ação em face do vendedor/proprietário, contudo, se não houver esta averbação o ônus da prova da má-fé do adquirente de coisa litigiosa é do exequente/credor, o que não ocorreu neste caso posto à apreciação. Portanto, ausente a prova da má-fé do adquirente pelo credor, não há espaço para declaração de fraude à execução, uma vez que os requisitos são taxativos e cumulativos, o que justifica a manutenção da decisão recorrida.

Em síntese, pacificou a jurisprudência que, tratando-se de bem sujeito a registro público, mas inexistindo pendência averbada, a caracterização da fraude exigirá *do credor* a comprovação de má-fé do terceiro adquirente, conforme enunciado 375 da súmula STJ.

No entanto, acredita-se que a atribuição *ao credor* do ônus de demonstrar a *scientia fraudis* pelo terceiro - mesmo que se trate de bens sujeitos a registro e embora inexistente qualquer averbação - não mais se amolda ao CPC de 2015. É que, nesse caso, se a ação⁵⁴ que justificar o pedido de reconhecimento da fraude tramitar no domicílio do vendedor ou no local

⁵⁴ Ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória ou, ainda, ação pessoal que versa sobre obrigação pecuniária.

onde se encontra o bem, deverá necessariamente ser observada inversão do ônus da prova prevista no novo § 1º do artigo 373 do CPC.

7 DA MODIFICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Tal qual o artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, o artigo 373 do atual CPC dispõe que o ônus da prova incumbe: (1) ao autor, quanto aos fatos constitutivos de seu direito e (2) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Essa norma geral serve tanto a orientar o comportamento das partes (caráter subjetivo do ônus), como é também uma regra de julgamento para o juiz (caráter objetivo)⁵⁵.

Ônus é o encargo cuja inobservância pode ensejar desvantagem.

O ônus da prova é, assim, o encargo de demonstrar determinada alegação de fato. Esse ônus, esse encargo, pode ser atribuído pelo (1) legislador, pelo (2) juiz ou também por (3) convenção das partes (negócio jurídico processual).

Como regra, o ônus da prova atribuído pelo legislador é prévio, abstrato, invariável e, portanto, estático⁵⁶.

Já o ônus distribuído pelo juiz e pelas partes é dinâmico - e será orientado pelas peculiaridades da causa.

Como visto, e na regra estática, ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu, a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo (artigo 373 do CPC).

Todavia, em certas situações, a uma determinada parte será impossível, ou muito difícil, desincumbir-se do ônus de prova que a lei abstratamente lhe impõe, mas à parte adversa será viável e mais fácil a demonstração desse fato.

As peculiaridades do caso podem então impor a modificação do ônus da prova. Embora, como regra, caiba ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, a inversão

⁵⁵Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira falam em “ônus objetivo”, regra de julgamento dirigida ao julgador, e “ônus subjetivo”, regra dirigida a regular o comportamento das partes na instrução processual. (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 2 v. p. 112).

⁵⁶Há casos em que o próprio legislador altera a regra geral e institui hipóteses excepcionais de distribuição do ônus da prova (inversão *ope legis*). Como exemplo, cite-se a prova da propaganda enganosa em causas de consumo (artigo 38 do CDC). Aliás, o próprio artigo 792, §2º, do CPC é exemplo claro da adoção legal de um regime dinâmico de inversão do ônus da prova.

deverá ocorrer quando se revelar impossível ou muito difícil ao demandante desincumbir-se de tal ônus, ao passo que ao réu será mais fácil comprovar a inexistência desse fato constitutivo.

De igual modo, se o réu tem o ônus de demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, a inversão deve ocorrer quando ao autor for mais fácil fazer prova da inexistência desse fato (impeditivo, modificativo ou extintivo) ou ao réu for impossível ou muito difícil comprovar os fatos que sustentam a sua defesa.

A regra é a distribuição legal e estática do ônus da prova. A dinamização é excepcional e deve observar os requisitos do artigo 373, § 1º, do CPC.

Essa alteração, a ser realizada pelo juiz, deve verificar duas situações: (1) a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de obter a prova para uma parte ou (2) a maior facilidade na obtenção da prova do fato contrário pela outra.

A adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, com essa amplitude, é uma das importantes novidades do novo CPC.

É importante destacar que, sempre que se entender por modificar a regra do ônus da prova, o juiz deverá fazê-lo no em decisão motivada (artigo 93, IX, da CF) e no curso do processo, de modo a permitir e a oportunizar, em contraditório e ampla defesa, a produção da prova pela parte a quem se atribui o ônus.

A modificação do ônus, portanto, não pode ser uma surpresa da sentença, sob pena de violação ao contraditório.

Vale anotar que a redistribuição judicial do ônus da prova pode ser realizada inclusive de ofício e é impugnável via agravo de instrumento (artigo 1.015, XI, do CPC).

Evidentemente, não se ignora a existência de precedentes judiciais que já aplicavam essa teoria mesmo antes de sua normatização no atual CPC, sobretudo com fundamento nos princípios da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF), do devido processo legal (artigo 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF), da solidariedade (art. 339 do anterior CPC), da lealdade e boa-fé processual (artigo 14, II, do CPC de 1973), da adaptabilidade do procedimento, bem como em decorrência dos poderes instrutórios do juiz (artigo 355 do antigo CPC).

Luiz Guilherme Marinoni destaca que a alteração do ônus da prova seria mesmo um *imperativo de bom senso*.⁵⁷

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p 275.

Ao se dificultar a prova, dificulta-se o exercício do próprio direito. Por essa razão, a prova, para além de um mero ônus processual, é também um direito.

O direito à produção da prova, no processo, deve inclusive ser compreendido como direito fundamental, de natureza constitucional, que decorre tanto da garantia da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da CF) quanto da garantia ao contraditório e ampla defesa (inciso LV).

É que, se a Constituição Federal garante à parte o direito de ver apreciada, pelo Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito, e se também garante a ampla defesa e o contraditório, resulta daí que o direito à prova é um direito constitucional fundamental. Isso porque, se o juiz deve decidir a partir das provas constantes dos autos (artigo 371 do CPC), conclui-se que a pretensão da parte somente poderá ser devidamente apreciada, ao menos em relação aos fatos alegados, se ela tiver o direito de produzir provas. Afinal, alegar sem ter o direito de provar é o mesmo que não ter o direito de alegar.⁵⁸

8 DA MODIFICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DO REQUISITO SUBJETIVO DA FRAUDE À EXECUÇÃO NA HIPÓTESE DE BEM SUJEITO A REGISTRO

Não se desconhece que, pela regra geral do ônus da prova do *caput* do artigo 373 do CPC, caberia ao credor que alega a fraude à execução demonstrar a presença dos seus requisitos objetivos e subjetivos, pois fatos constitutivos de seu pretense direito.

Contudo, tratando-se de bem não sujeito a registro, o próprio legislador estabeleceu uma regra diversa de ônus da prova, de modo que não cabe ao credor comprovar a má-fé do terceiro, mas, sim, cabe ao terceiro comprovar a sua boa-fé. É o que se extrai do artigo 792, §2º, do CPC.

Veja-se que essa presunção de ciência da fraude, que cabe ao terceiro infirmar nas hipóteses de bens não sujeitos a registro, restringe-se à pendência de ações na comarca onde se situa o bem ou no domicílio do alienante (artigo 792, § 2º, do CPC).⁵⁹ Caso contrário, ou seja, tramitando a demanda em local diverso, cabe ao credor demonstrar a má-fé do terceiro adquirente.

É, então, de se questionar: E no caso de bens passíveis de registro, quando o credor deixa de realizar a averbação?

⁵⁸ Ibid., p. 261.

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 3 v. p. 342.

A litispendência da relação processual, porque justamente um de seus requisitos, já não ensejaria uma presunção relativa (em favor do credor) da fraude à execução?

Nos casos em que a demanda tramitar no mesmo local do bem ou no endereço do alienante, não seria de exigir do comprador a comprovação de sua boa-fé?

Qual a razão da distinção, quanto ao ônus da prova do requisito subjetivo da fraude, entre bem sujeito ou não sujeito a registro?

Se, do adquirente de um bem móvel (como uma simples bicicleta, por exemplo), exige-se a exibição das certidões de que tratam o artigo 792, §2º, estaria o adquirente de um bem imóvel ou de uma aeronave simplesmente dispensado de tal cautela?

Seria de exigir do comprador de um bem não passível de registro todas as certidões do artigo 792, §2º, do CPC, mas dispensar essa mesma cautela de bens sujeitos a registro, *justamente os bens de maior relevância econômica*?

Qual é o grau de dificuldade imposto ao credor na comprovação da má-fé do terceiro? Não seria manifestamente mais fácil ao adquirente demonstrar a sua boa-fé?

Respeitosamente, acredita-se que a maior facilidade que o terceiro tem de comprovar que adotou as cautelas pertinentes à aquisição independe da natureza do bem alienado ou onerado (se sujeito ou não a registro).

Se, na hipótese de bem não passível de registro, cuidou o *legislador*⁶⁰ de expressamente atribuir ao adquirente o ônus de demonstrar 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”), caberá ao *juiz*, tratando-se de bem sujeito a registro, atribuir igualmente ao terceiro o ônus de provar a sua boa-fé.

O novo CPC expressa a possibilidade de modificação do ônus da prova *ope iudicis* no artigo 373, §1º, do CPC.⁶¹ Nos termos desse dispositivo, a atribuição diversa do ônus da prova deverá pautar-se pelos critérios de *impossibilidade*, *excessiva dificuldade* ou de *maior facilidade* de obtenção da prova.

No tema da fraude à execução, a excessiva dificuldade de o credor, autor ou exequente, demonstrar a má-fé do terceiro adquirente é manifesta.

Gilberto Gomes Bruschi, Rita Dias Nolasco e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo comprovam - por meio pesquisa empírica realizada com base em mais de 130 julgados do STJ

⁶⁰ Artigo 792, §2º, do CPC.

⁶¹ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual*. São Paulo: RT, 2016. p. 330.

- que, quando atribuído ao credor o ônus de demonstrar a má-fé do terceiro adquirente, a fraude somente veio a ser reconhecida em menos de 8% dos casos.⁶²

De fato, a dificuldade que decorre da atribuição do ônus da prova ao credor enfraquece o instituto da fraude e vai de encontro com a lógica da efetividade da execução.

Ademais, a fixação do ônus da prova, na forma que hoje prevalece em doutrina e na jurisprudência, ignora também um dever de conduta que se assenta na *boa-fé objetiva*.

Se a lei exige do adquirente de um bem não sujeito a registro a verificação das certidões descritas no artigo 792, §2º, do CPC, não faz mais nenhum sentido entender que a jurisprudência do STJ dispensaria igual providência dos adquirentes de bens passíveis de registro.

Não se trata, evidentemente, de deixar de conferir proteção à boa-fé do terceiro adquirente. Não é isso! Trata-se apenas de *exigir do terceiro um comportamento possível e razoável*, pela simples conferência das certidões pertinentes, ao invés de atribuir ao credor um ônus de prova impossível ou, ao menos, muito difícil.

Deixar de adotar um comportamento diligente é, afinal, muito mais um indício de ciência da fraude do que propriamente uma presunção de boa-fé. Do contrário, ter-se-ia que boa-fé é presumida da negligência.

Não se pode admitir, insista-se, que o objetivo da ordem jurídica seja dispensar os adquirentes (de bens sujeitos a registro) de uma conduta minimamente diligente, para impor ao credor lesado um ônus de prova que, para além de impossível ou muito difícil, afronta a boa-fé objetiva, ignora o novo artigo 373, §1º, do CPC e desconsidera a publicidade imanente às demandas judiciais ajuizadas em face do vendedor – e fala-se aqui especificamente das demandas que tramitam no próprio domicílio do executado ou no local do bem.

A abrangência da Súmula 375, *em face do novo CPC*, deve, pois, ser reduzida.

Continuar a impor ao credor o ônus de demonstrar a *scientia fraudis* pelo adquirente é um retrocesso que trabalha contra a efetividade do processo.

A solução salta aos olhos: com o novo CPC, sobretudo em face do artigo 373, §1º, deve-se atribuir ao terceiro adquirente o ônus de provar (comumente pela via documental, diga-se) que, antes da conclusão do negócio jurídico, adotou as cautelas necessárias, pela verificação das certidões de regularidade fiscal e de pendências processuais em nome do vendedor.

⁶² BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: RT, 2016. p.118.

Com esse comportamento, exigido pela própria boa-fé objetiva, o terceiro tem condições de demonstrar, sem que lhe seja imposta maior dificuldade, que inexistiam demandas contra o vendedor que pudessem dar azo à ineficácia do negócio entabulado.

Entender por dispensada tal diligência aos adquirentes de bens passíveis de registro equivale a dizer que o STJ se orienta a incentivar a fraude e a ineficácia da execução, pois, como visto, impor ao credor o ônus de provar a má-fé do terceiro configura uma *impossibilidade* ou, ao menos, uma *excessiva dificuldade*, ao passo que o adquirente ou beneficiário pode demonstrar a sua boa-fé com *facilidade*.

Tereza Arruda Alvim, Maria Lucia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello⁶³ sintetizam a discussão sobre o ônus da prova da *scientia fraudis* de forma exemplar:

Com relação a necessidade, ou não, de prova da má-fé do adquirente, a questão está pacificada pelo STJ, conforme segunda parte da Súmula 375 (“o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”). Mas, para alguns, o NCPC teria trazido regra expressa em sentido contrário. É o que se inferiria do §2.º que **impõe ao terceiro adquirente 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”**. Para essa corrente, ao menos na literalidade da norma, o dispositivo previsto no §2.º do art. 792 teria aplicação somente para os bens “não sujeitos a registro”. Assim dependendo da interpretação que se dê a esse dispositivo, poderá haver uma modificação do entendimento jurisprudencial que impõe ao exequente provar a má-fé do adquirente. Nesse caso, poder-se-á sustentar uma inversão do ônus desta prova, cabendo ao terceiro-adquirente fazer prova de sua boa-fé e não o contrário. Firmado esse entendimento, a Súmula 375 do STJ deverá ser, na sua segunda parte, revogada, só se justificando sua manutenção quando à exigência da citação. (grifo do autor)

E acrescentam os referidos professores:⁶⁴

Há autores que, de outro lado, sustentam que não se importaria qualquer modificação no posicionamento do STJ. A interpretação que fazem do § 2.º do art. 792 é no sentido de que caberia ao adquirente o ônus da prova de sua boa-fé, demonstrando as diligências que tenha tomado antes da aquisição do bem, apenas na hipótese de bens móveis em relação aos quais inexistente a possibilidade de averbação no registro público. Esse não seria o caso, por exemplo, dos veículos automotores, cuja anotação acerca da propositura da ação ou atos de constrição devem ser feitos junto ao Detran. Nessa hipótese,

⁶³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.264 e 1.265.

⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.265.

deixando o credor de providenciar a averbação, caberia a ele o ônus de provar a má-fé do terceiro. O dissenso existe, inclusive entre os coautores destes Primeiros Comentários, de forma que caberá à jurisprudência fixar a orientação que deverá prevalecer.

Humberto Theodoro Júnior, especificamente aos imóveis, embora bens sujeitos a registro público, não descarta “a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova à fraude à execução”.⁶⁵

Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira expressam também que, em face do artigo 792, §2º, do CPC, o ônus da prova da fraude, com relação aos bens sujeitos a registro, “continua a ser do exequente, na forma da Súmula 375 do STJ”, o que, porém, “não impede que seja invertido o ônus da prova, na forma do art. 373, §1º, do CPC”.⁶⁶

No entanto, o fato é que, no julgamento do REsp 956.943/PR, afetado como recurso repetitivo (Tema 243), veio a ser reafirmada a orientação da súmula do STJ. Embora se trate de acórdão prolatado antes da vigência do novo CPC, merece registro o posicionamento divergente⁶⁷ da Ministra Nancy Andriighi, que já apontava para a necessidade de revisão parcial do entendimento consolidado no enunciado 375, justamente por privilegiar a fraude em face dificuldade de demonstrá-la.

Em seu voto (no REsp 956.943/PR), destacou a Ministra que, inexistindo averbação da penhora na matrícula do imóvel, “a questão se resolve na distribuição do ônus de provar a ciência [ou não], pelo terceiro, da pendência da ação”.

Frisou ainda a Ministra que “o terceiro adquirente reúne plenas condições de demonstrar ter agido de boa-fé, enquanto que a tarefa que incumbiria ao exequente, de provar o conluio entre comprador e executado, se mostra muito mais árdua”.

Logo, a resposta para a questão encontrar-se-ia “na aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a *probatio diabolica*, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes”.

Veja-se que o voto em análise foi proferido na vigência do então artigo 333 do CPC de 1973, antes, portanto, da entrada em vigor do atual CPC, que agora consagra expressamente a teoria dinâmica do ônus da prova.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 3 v. p. 342.

⁶⁶ ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1426.

⁶⁷ O voto da Ministra Nancy Andriighi restou vencido e o STJ reafirmou que: “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”.

Ademais, ressaltou a magistrada que seria “impossível ignorar a publicidade do processo, gerada pelo seu registro e pela distribuição da petição inicial”, ainda que não averbada a penhora. E dessa publicidade resultaria o dever do adquirente de qualquer imóvel de acautelarse, pela obtenção das certidões dos cartórios distribuidores judiciais, o que lhe permitiria verificar a existência de processos envolvendo o vendedor.

Enfim, a existência da ação pendente (litispêndência), pressuposto objetivo da fraude à execução, torna possível ao adquirente, por meio da obtenção de certidões junto aos cartórios de distribuição, ter conhecimento da situação pessoal dos alienantes.

Com propriedade, Yussef Said Cahali igualmente assim se manifesta:

Não identificamos 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.⁶⁸

Trate-se ou não de bem sujeito a registro, a omissão do adquirente em adotar as cautelas pertinentes, aqui traduzidas na verificação das ações judiciais eventualmente propostas em face do alienante, viola a *boa-fé objetiva*, que exige um padrão de conduta na celebração de todo negócio jurídico de relevância econômica. Sem observar esse padrão mínimo de cautela, o adquirente há de assumir os riscos de a alienação vir a ser considerada fraudulenta.

Como frisou a Ministra Nancy Andriighi no voto supracitado, “só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé, o comprador que adota mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição”.⁶⁹

Por certo, a averbação (da pendência da ação real ou reipersecutória, da pendência da execução admitida, da hipoteca judiciária e da constrição judicial ou da ação capaz de reduzir o devedor à insolvência) enseja uma forma expressa de presunção absoluta de fraude.

Mas a falta de averbação não pode excluir a presunção, ainda que relativa, que decorre da própria existência de *litispêndência* no domicílio do alienante ou no local do bem.

Presente a litispêndência, não se pode presumir a inexistência de fraude pela mera ausência da averbação!

Para a demonstração da sua boa-fé cabe ao adquirente, isso sim, a apresentação de cópia das certidões de feitos ajuizados obtidas à época da aquisição.

⁶⁸ CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 506.

⁶⁹ A alteração da redação do § 2º do artigo 1º da Lei nº 7.433/1985, pela Lei nº 13.097/2015, não afeta tal conclusão.

A dizer de outro modo, a falta de averbação afasta tão-somente a presunção absoluta de conhecimento da ação, mas, por si só, não dispensa o terceiro adquirente de demonstrar ter adotado as cautelas e diligências pertinentes à aquisição do bem.

A ausência de boa-fé deve ser presumida do fato de o adquirente não se ter cercado dos cuidados possíveis e razoáveis inerentes à segurança do negócio jurídico.

Insista-se que somente se deve considerar objetivamente de boa-fé o terceiro que adotou cautelas mínimas de segurança para a celebração do negócio jurídico.

Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar da boa-fé objetiva, ensina que tal princípio se aplica não apenas na execução e na conclusão do contrato, mas também nas fases pré (antecedente) e pós-contratual. E acrescenta o referido autor:

O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso.

A boa-fé referida no art. 422 do Código é a boa-fé objetiva, que é característica das relações obrigacionais. Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.

A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar. O agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios.⁷⁰

No novo CPC, a boa-fé referida no § 2º do artigo 792 é também a boa-fé objetiva. Assim, a má-fé do terceiro não se traduz necessariamente na intenção de lesar (dolo), mas, sim, corresponde à falta de diligência, à ausência mínima de cuidado e de zelo, à inobservância do dever de minimizar o próprio prejuízo, à inexistência da cautela necessária para as aquisições em geral, independentemente da natureza do bem (passíveis ou não de registro).

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III. p. 20-21.

Conforme destacado acima, esse padrão de comportamento, exigido pela boa-fé objetiva e agora incorporado expressamente pelo CPC de 2015, deve ser observado não apenas pelos adquirentes de bens não sujeitos a registro. Os demais adquirentes, de bens passíveis de registro, igualmente não estão dispensados dos deveres de cuidado e de diligência.

Contudo, há que se reconhecer que o dever de cautela do terceiro deve ficar restrito à obtenção de certidões nas comarcas de localização do bem e de residência do alienante.

Conforme anota Humberto Theodoro Jr., inexistindo no Brasil um cadastro que centralize todas as ações pendentes, “seria injurídico e irrazoável exigir do adquirente de imóvel ou outros bens valiosos que saísse à procura de certidões negativas junto aos milhares e longínquos cartórios espalhados por todo o território nacional”.⁷¹

De fato, afrontaria a razoabilidade exigir do adquirente diligenciar certidões negativas para além do domicílio do alienante ou do local em que se situa o bem.

Não se pode deixar de registrar que coexistem no Brasil 26 estados federados e outros mais de 5.500 municípios, além do Distrito Federal.⁷² Logo, presumir a fraude quando é faticamente impossível evitá-la seria uma violação desproporcional e desarrazoada ao direito de propriedade do adquirente que adotou todas as cautelas que lhe eram disponíveis.

J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da razoabilidade, assim esclarece: “Através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) *avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente*”.⁷³

Assim, acredita-se que o único espaço de aplicação da Súmula nº 375 seria, portanto, para os casos em que a litispendência se refere a demandas que eventualmente tramitem fora do domicílio do vendedor ou fora do local do bem, conforme inteligência do próprio §2º do artigo 792 do CPC.

Mas, se a ação⁷⁴ que justificar o pedido de reconhecimento da fraude tramitar no domicílio do vendedor ou no local onde se encontra o bem, deverá necessariamente ser observada modificação do ônus da prova prevista no novo § 1º do artigo 373 do CPC.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 3 v. p. 342.

⁷² Para dificultar, não é mera curiosidade anotar que a distância rodoviária entre Uiramutã/RR (município mais ao norte do Brasil) e Chuí (sede municipal mais ao sul) é de mais de 5.975 Km. Entre João Pessoa/PB (município mais ao leste) e Mâncio Lima/AC (município mais ao oeste) são outros 5.994 Km (<http://www.distanciasentrecidades.com>).

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 266.

⁷⁴ Ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória ou, ainda, ação pessoal que versa sobre obrigação pecuniária.

Em conclusão, mesmo que se trate de bens sujeitos a registro e embora inexistente qualquer averbação, o espaço de aplicação da Súmula 375 (*quanto ao ônus do credor de demonstrar a má-fé do terceiro*) deve ser reduzido à hipótese de a ação pendente tramitar em local diverso do domicílio do alienante ou do local do bem.

Cabe registrar que a sistematização acima exposta tem o inegável *efeito de orientação* do comportamento a ser adotado pelos credores em geral e também pelas partes antes da celebração dos atos negociais que representam relevância econômica.

Exigir do alienante certidões de regularidade fiscal e certidões negativas judiciais é uma medida essencial para que qualquer comprador possa evitar que a aquisição venha a ser caracterizada como fraude à execução.

Isso porque, demonstrando o adquirente estar de boa-fé, não há razão para reconhecer a fraude, sob pena de se inviabilizar por completo a iniciativa privada. Comprovada a boa-fé do terceiro adquirente, há que se priorizar a segurança jurídica e admitir a sobreposição do direito de propriedade do terceiro adquirente em face do direito de crédito do exequente.

Por outro lado, deve também o credor, para proteger o seu crédito, diligenciar a averbação da pendência da ação real ou reipersecutória, da pendência de execução admitida, da hipoteca judiciária ou da constrição judicial, bem como da averbação da pendência da ação capaz de reduzir o devedor à insolvência, a fim de que possa beneficiar-se da *presunção absoluta* de conhecimento da fraude pelo terceiro.

Enfim, embora o instituto da fraude à execução vise precipuamente à proteção do crédito e da própria função jurisdicional, não se pode ignorar a boa-fé do terceiro e o seu direito de propriedade.

Todavia, somente se deve proteger o terceiro “de boa-fé cauteloso - jamais o desidiioso -, que toma as precauções esperadas do homem mediano e exigidas da vida moderna, dentro das suas possibilidades”.⁷⁵

9 CONCLUSÃO

Uma vez alegada a fraude à execução, cuidando-se de bem não passível de registro, será do terceiro adquirente, na forma do artigo 792, §2º, do CPC, o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para tal aquisição.

⁷⁵ SALAMACHA, José Eli. *Fraude à execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-Fé*. São Paulo: RT, 2005. p. 108.

Em outro sentido, para a doutrina majoritária e para a jurisprudência dominante, se o bem alienado ou onerado for sujeito de registro (imóveis, veículos etc.), mas deixando o credor de providenciar a averbação da litispendência, da hipoteca judiciária ou da constrição, seria dele, autor ou exequente, o ônus de demonstrar a má-fé do terceiro adquirente.

Acredita-se, contudo, que tal entendimento merece ser revisto em face do atual CPC, sobretudo em face da regra instituída pelo § 1º do artigo 373 e pelo § 2º do artigo 792.

Ademais, não se pode admitir que a ordem jurídica esteja preordenada a dispensar os adquirentes de bens sujeitos a registro de uma conduta minimamente diligente, para atribuir ao credor lesado um ônus de prova que, a par de impossível ou ao menos muito difícil, afronta a boa-fé objetiva e ignora a publicidade imanente às demandas judiciais ajuizadas em face do alienante.

Todavia, um dever *razoável* de cautela do terceiro adquirente não deve ir além da obtenção de certidões nas comarcas de localização do bem e de residência do vendedor.

Assim, se a ação pendente (ação fundada em direito real, ação com pretensão reipersecutória ou, ainda, ação pessoal sobre obrigação pecuniária) que ensejar o pedido de reconhecimento da fraude tramitar no domicílio do alienante ou no local onde se encontra o bem, deverá necessariamente ser observada a alteração do ônus da prova, de modo a se exigir do terceiro a demonstração de sua boa-fé, por meio da apresentação de cópia das certidões de feitos ajuizados obtidas à época da aquisição.

Enfim, ainda que se trate de bens sujeitos a registro e ainda que ausente qualquer averbação, o espaço de aplicação da Súmula 375 do STJ (*quanto ao ônus do credor de demonstrar a má-fé do terceiro*) deve ser limitado à hipótese de a ação pendente tramitar em local diverso do domicílio do alienante ou do local do bem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: RT, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Helder Moroni. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 2 v.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III.

PEYRANO, Jorge Walter (dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatórias Dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

SALAMACHA, José Eli. *Fraude à execução – Proteção do credor e do adquirente de boa-fé*. In: *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Coord. Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SALAMACHA, José Eli. *Fraude à execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-Fé*. São Paulo: RT, 2005.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual*. São Paulo: RT, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 3 v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.