

Decisão de saneamento do processo e o ônus da prova na fraude à execução

Rômulo dos Santos Duarte

Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Serrana/MG.
Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Público.

1 Introdução

No âmbito da responsabilidade patrimonial, princípio que norteia a execução, cabe ao Estado, após o reconhecimento do direito, satisfazê-lo. Elegemos o princípio da patrimonialidade, de maneira que o devedor responde com todos os seus bens, a fim de satisfazer a obrigação consubstanciada no título executivo. A execução, portanto, é real, e não pessoal. Desse modo, a alienação ou oneração de bens, de modo a frustrar a satisfação do credor, tipifica a fraude à execução, caracterizadora de atentado à dignidade da justiça.

Em alguns casos, a fraude se presume; em outros, necessita ser efetivamente demonstrada. Estabeleceu-se, na jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, seguida, portanto, pelos tribunais estaduais, a garantia de proteção ao terceiro de boa-fé.¹ A partir daí, desse ônus que se impõe aos envolvidos, importa saber a quem cabe provar o *eventus damnie* também a boa-fé; ao credor, ou ao terceiro que alega a aquisição do bem litigioso em desconhecimento com o estado de insolvência do devedor. Diante dessa questão, suscitada a fraude e ouvida a parte contrária, é direito subjetivo processual das partes a prolação de decisão de saneamento do processo, momento em que serão enfrentadas eventuais preliminares, estabelecendo-se, ainda, a distribuição do ônus probatório quanto aos requisitos da fraude, a depender do caso concreto e do bem penhorado – registrado ou não.

A matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 375 do STJ) trata da necessidade de registro da penhora, bem como da prova da má-fé do terceiro adquirente. Contudo, a quem compete a prova, *a contrario sensu*, da demonstração de boa-fé do adquirente?

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em seu art. 373, § 1º, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, a depender da peculiaridade da causa ou da excessiva dificuldade de se cumprir o encargo probatório. Assim, poderia o

¹ Tema Repetitivo nº 243; REsp 956.943/PR.

juiz, diante de uma alegação de fraude à execução, distribuir o ônus probatório ao credor ou ao terceiro de boa-fé, a depender as circunstâncias do caso?

Importa saber a quem compete o ônus da prova diante da alegação de fraude à execução, questão que deve ser dirimida já na decisão de saneamento e organização do processo, ato processual complexo, indispensável e que não deve ser postergado. Aplicar-se-ia, invariavelmente, a distribuição tradicional, impondo-se ao credor o ônus da prova de suas alegações, fato constitutivo de seu direito? Ou, lado outro, a prova da boa-fé caberia ao terceiro adquirente, o qual alega tal circunstância? E se a penhora foi registrada, qual a natureza da presunção em favor da fraude – absoluta ou relativa? E, nesse caso, demandar-se-ia produção de provas?

Prestigiamos a boa-fé contratual e processual e adotamos o dever de cooperação das partes para a justa, célere e efetiva solução do litígio. Soma-se a isso o festejado princípio da não surpresa, de modo que, diante de uma alegação de fraude à execução, e considerando todos esses princípios, devem as partes, de antemão, ter conhecimento de quem deve provar o quê, questão que necessita ser anunciada pelo juiz, possibilitando às partes fazer prova de suas alegações conforme previamente estabelecido.

Dentre as possibilidades possíveis, tem-se a distribuição tradicional do ônus da prova, nos termos do art. 373, *caput*, impondo-se ao credor o pesado fardo de provar a má-fé do terceiro adquirente. Por outro lado, tem-se a possibilidade do reconhecimento de que a alegação de boa-fé é que seria o fato constitutivo do direito, de modo a transferir-se tal encargo ao terceiro. E, por último, restaria ao julgador, diante de cada caso concreto, aplicar ou não a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tendo em conta as peculiaridades do caso e a excessiva dificuldade de se cumprir o encargo.

Portanto, estabelecer o contraditório e, em seguida, definir-se quanto ao ônus probatório e os meios de prova que serão admitidos, em decisão de saneamento do processo, proferida em incidente, já na fase de cumprimento de sentença ou de execução de título extrajudicial, são medidas necessárias, que se impõem como garantia das partes e eficácia da decisão a ser posteriormente prolatada.

2 Fraude à execução

A partir do estudo doutrinário e tendo como base a natureza jurídica do instituto, o princípio que o norteia, bem como sua finalidade, ousamos conceituar a fraude à execução nos seguintes termos: é instituto de direito processual civil, provocado mediante incidente processual e caracterizador de ato atentatório à dignidade da justiça, que,

baseando-se na limitação da disponibilidade dos bens do devedor que frustra o resultado da execução com a alienação de seus bens, torna esse ato ineficaz.

Da análise desse conceito, podemos afirmar que a fraude à execução: i) tem natureza jurídica de direito processual, e não de direito material (como na fraude contra credores); ii) tipifica ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do art. 774, inc. I, do CPC,² com a possibilidade de aplicação de multa de até 20% do valor do débito, em benefício do exequente e exigível nos próprios autos do processo; iii) é suscitada mediante simples incidente processual, sem a necessidade de ação autônoma; iv) tem a frustração dos meios executórios com a alienação de bens (ou oneração, nos termos do art. 792 do CPC); v) tem por resultado, não a nulidade do ato, mas sim sua ineficácia perante o credor.

O instituto é previsto em um único artigo do Código de Processo Civil – art. 792 do CPC:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:
I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;
II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do 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, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;
V - nos demais casos expressos em lei.
§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.
§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.
§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.
§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias (BRASIL, 2015).

No que tange aos elementos que tipificam o instituto, Araken de Assis bem os resume: “Dois requisitos formam a fraude contra o processo executivo: (a) litispendência; e (b) frustração dos meios executórios” (ASSIS, 2017, p. 399).

De fato, o Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento segundo o qual, para a caracterização da fraude, exige-se a citação válida, não bastando o ajuizamento da demanda (REsp 2.429-SP, Rel. Min. Barros Monteiro). Contudo, não se exige que a ação em curso seja de natureza executória, podendo ser ação de conhecimento. Nesse

² “Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:
I – fraudar a execução; [...]”

sentido, também a jurisprudência do STJ, citada por Araken de Assis: “Pode incidir a regra contida no inc. II do art. 593 do CPC (de 1973), ocorrendo fraude contra a execução, após a citação para o processo de conhecimento, não sendo indispensável que já tenha se instaurado a ação de execução” (ASSIS, 2017, p. 400).

Quanto aos meios executórios, basta a inexistência de bens penhoráveis, não se exigindo o *consilium fraudis*, elemento subjetivo do ato.

Portanto, para o reconhecimento da fraude, exige-se apenas a insolvência patrimonial, caracterizadora da frustração dos meios executivos (ausência de bens penhoráveis), bem como a existência de ação em curso, devendo a fraude ser suscitada incidentalmente no bojo da execução, sem a necessidade de ação própria.

O art. 792 do CPC traz, em seus cinco incisos, as hipóteses em que se considera a fraude à execução, que podem ser assim resumidos: I) alienação ou oneração de bens na pendência de ação fundada em direito real ou pretensão reipersecutória; II) existência de averbação de processo de execução no registro do bem alienado ou onerado; III) existência de averbação, no registro imobiliário do bem alienado ou onerado, de hipoteca judiciária ou constrição judicial originária do processo em que se arguiu a fraude; IV) quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; V) nos demais casos expressos em lei.

3 O terceiro de boa-fé, Súmula nº 375 do STJ e Tema repetitivo nº 243

Do ponto de vista do devedor, dispensamos o elemento subjetivo, o chamado *consilium fraudis*, como elemento caracterizador da fraude à execução; contudo, analisada a fraude sob o ângulo do terceiro, adquirente do bem litigioso, tutelamos sua boa-fé, inibindo, nesses casos, a produção do efeito esperado pelo credor com a alegação da fraude, qual seja a declaração de ineficácia da alienação ou oneração do bem.

Sendo assim, concluímos que os elementos que tipificam a fraude à execução, ao contrário da fraude contra credores, são de natureza objetiva: processo em curso e insolvência do devedor. Mesmo assim, a produção dos efeitos esperados depende da conduta do terceiro adquirente, se de boa ou má-fé, bem como de eventual registro do ato de constrição. Essa primeira análise, de cunho subjetivo, no sentido de conhecer ou não a situação de insolvência do devedor com a alienação do bem, perpassa, também, a análise do registro da constrição, conforme veremos adiante.

Então, firmado o entendimento pelos Tribunais Superiores quanto à necessidade

de tutela do terceiro de boa-fé, é de rigor a menção aos termos da Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça, bem como do julgamento do Repetitivo nº 956.943, também pelo STJ.

Dispõe a Súmula nº 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”.

Já no Repetitivo nº 956.943/PR, julgado em 20/8/2014, fixou-se precedente paradigma, exigindo-se a citação e o registro da penhora para a constatação da fraude à execução:

Processo Civil. Recurso repetitivo. Art. 543-C do CPC. Fraude de execução. Embargos de terceiro. Súmula nº 375/STJ. Citação válida. Necessidade. Ciência de demanda capaz de levar o alienante à insolvência. Prova. Ônus do credor. Registro da penhora. Art. 659, § 4º, do CPC. Presunção de fraude. Art. 615-A, § 3º, do CPC.

1. Para fins do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte orientação:

1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula nº 375/STJ).

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 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.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se, em fraude de execução, a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto:

2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, conseqüentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes (BRASIL, 2014).

Pois bem, vê-se que o julgado acima reafirma os termos da Súmula nº 375, anteriormente editada, protegendo o terceiro de boa-fé. Mas, enfim, quem é esse terceiro? E em que consiste essa boa-fé que é exigida para a tutela de seus direitos?

O terceiro de boa-fé é aquele que ignora o vício na alienação do bem, ou seja, desconhece a existência de ação que pode levar o alienante à insolvência. E assim o faz quando lhe é possível juridicamente comportar-se dessa forma, ou seja, naqueles casos em que a fraude não é presumida pela averbação da ação executória no registro do bem alienado ou onerado. Ao contrário, quando o bem é passível de registro e o credor não providenciou a averbação, pode o terceiro alegar e provar sua boa-fé, no sentido de desconhecer a insolvência do devedor-alienante do bem.

Nesse ponto, ressaltamos as hipóteses de fraude à execução, bem como a oportunidade em que se permite a análise objetiva da conduta do terceiro. Isso porque, tratando-se daqueles casos em que a ação judicial foi averbada junto à matrícula do bem, em sendo, evidentemente, esse bem alienado passível de registro, a fraude é presumida, não cabendo a discussão acerca da conduta do terceiro, que deverá, necessariamente, sucumbir perante o credor, por não ter diligenciado na situação patrimonial do devedor antes da aquisição do bem.

Assim, somente perquirimos acerca da boa ou má-fé do terceiro, naqueles casos em que não houve a averbação da penhora ou da ação em curso, ou ainda quando o bem não é passível de registro, dando margem à discussão quanto ao comportamento das partes, credor e terceiro adquirente. Portanto, se o terceiro desconhecia a existência de demanda em curso capaz de reduzir o devedor à insolvência, dada a circunstância da ausência de publicidade dessa ação, poderá ser considerado de boa-fé, tendo seu patrimônio tutelado pelo direito, que não tornará ineficaz a alienação do bem; ao revés, se sabia da existência da demanda e do estado do devedor e resolveu, mesmo assim, adquirir o bem, perdê-lo-á para o credor.

Quanto às diligências necessárias para que o adquirente demonstre sua aquisição de boa-fé, tem-se que deverá obter certidões do Cartório de Registro de Imóveis onde estiver localizado o bem e ainda certidões do cartório distribuidor da comarca – cíveis, trabalhistas e fiscais – estaduais e federais, além de certidões do INSS e FGTS, em se tratando de pessoa jurídica. Se o bem estiver localizado em uma comarca e a residência do vendedor for outra, deverá buscar tais certidões em ambas. No que tange ao prazo, respeita-se o prazo máximo de prescrição do Código Civil, ou seja, 10 anos, ressalvadas opiniões em contrário que, ora reduzem o prazo das certidões para cinco anos, ora aumentam-no para 15 anos, justificando na prescrição aquisitiva (MIRANDA FILHO, 2016).

3.1 A hipótese do art. 185 do CTN

O Código Tributário Nacional, alterado pela Lei Complementar nº 118/2005, ao tratar das garantias e privilégios do crédito tributário, acabou por estabelecer hipótese de fraude à execução com requisito diferenciado das demais hipóteses. Dispõe o art. 185:

Art. 185. 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. (Redação dada pela LCP nº 118, de 2005).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. (Redação dada pela LCP nº 118, de 2005).

Portanto, resta caracterizada a fraude à execução nas execuções fiscais, quando o devedor insolvente e, portanto, sem bens ou rendas suficientes para o pagamento do crédito tributário, aliena ou onera bens, a partir da inscrição do crédito tributário em dívida ativa. Aqui não se exige ação em curso; o legislador antecipou o momento de reconhecimento da fraude, bastando a inscrição crédito tributário em dívida ativa.

3.2 Procedimento e efeitos da declaração de fraude à execução

Com relação ao procedimento, o CPC dispõe apenas 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 quinze dias. É a redação do art. 792, § 4º, do novo CPC. Em termos de procedimento, é isso que se tem.

Contudo, o que defendemos, neste trabalho, é mais do que o chamamento do terceiro para vir defender-se, defesa que ocorre via embargos de terceiros. Entendemos que não basta oportunizar o contraditório com a integração, no incidente, do terceiro adquirente do bem que se tornou litigioso.

A integração à lide do terceiro é medida indispensável e legalmente prevista, não se discute. Entretanto, para que se obtenha do Estado-juiz uma solução justa, sem qualquer ofensa aos preceitos constitucionais, preservando-se, em última análise, um processo válido e uma decisão democrática, própria do estado de direito, é preciso que, previamente, estejam definidas as “cartas do jogo”, de forma a permitir que os litigantes saibam, de antemão, qual será o objeto da prova e quem deverá provar o quê.

Pensamos que, estabilizada a demanda que surgiu com a interposição do incidente em que se alega a fraude, citado o terceiro adquirente do bem litigioso e colhida sua manifestação, iniciar-se-á fase probatória. Então, é de rigor a aplicação subsidiária do instituto do saneamento do processo nesta fase do procedimento (cumprimento de sentença ou execução por título extrajudicial), notadamente para a delimitação das questões de fato a serem provadas e distribuição do ônus probatório, a depender do caso concreto e da hipótese de fraude que se alega. Embora sem previsão legal explícita, mas com a possibilidade de aplicação subsidiária das disposições referentes ao procedimento comum, entendemos que a medida seja absolutamente necessária e garantidora de um processo mais democrático.

Por fim, quanto aos efeitos da declaração da fraude, ao contrário da fraude contra credores, em que se declara a nulidade do ato, na fraude à execução, pela literalidade da lei que incorporou o pensamento da doutrina e jurisprudência, a alienação, em fraude à execução, é ineficaz em relação ao adquirente (art. 792, § 1º, do CPC).

4 Ônus da prova na fraude à execução

No âmbito da fraude à execução, acreditamos que só faz sentido discutir o ônus probatório nas hipóteses em que não houve averbação da execução na matrícula do bem ou ainda quando se tratar de bem não sujeito a registro. É que, quando a ação foi averbada junto à matrícula ou registro do bem, há presunção absoluta de conhecimento de terceiros, inclusive o devedor. Averbada a ação que tem o condão de reduzir o devedor à insolvência, e alienado o bem, caracterizada estará a fraude à execução, sem maiores dificuldades para o credor.

Contudo, há casos em que a ação ou a penhora não foram averbadas, seja porque inexistente registro, seja porque o credor simplesmente não cuidou de fazê-lo. Reafirma-se aqui a conclusão da doutrina no sentido de que a averbação de que cuida o art. 828 do CPC não é requisito da fraude, mas presunção de conhecimento de terceiros acerca da ação. Entretanto, não se pode deixar de afirmar que a inexistência da averbação dificulta, sobremaneira, a prova da fraude, que deixa de ser presumida.

Teori Albino Zavascki afirma que, “se o registro não tiver sido lavrado, nem por isso se descarta a fraude, e a questão se resume então em definir a quem cabe o ônus de provar a ciência, pelo terceiro, da pendência da ação” (ZAVASCKI, 2003, p. 270).

Além da clássica distribuição do ônus da prova, em que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor, o Código de Processo de 2015 previu ainda as possibilidades de realização de convenção das partes em matéria probatória, típico negócio jurídico processual, bem como da chamada distribuição dinâmica do ônus da prova. Trata-se de regras de julgamento, e não de atividade das partes.

Não adotamos uma concepção subjetiva da prova. A prova, uma vez produzida, pertence ao processo. É o princípio da comunhão da prova, já incorporado ao texto legal no art. 371 do CPC quando diz que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Nesse campo introdutório das provas, já mencionada a natureza das regras atinentes à prova como regras de julgamento e uma vez salientado o princípio da comunhão das provas, é coerente também, em complementação, e, não menos importante, que se faça menção ao art. 10 do CPC, já tratado no primeiro capítulo deste trabalho e que nos alerta para a proibição de decisão surpresa: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O momento correto para se deliberar sobre o ônus probatório é a decisão de saneamento do processo, já que possibilita às partes solicitar os ajustes necessários, eventualmente interpor o recurso cabível e ainda não gera surpresa na sentença. Afinal de contas, o modelo cooperativo de processo, instituído no art. 6º do CPC,³ determina que todos os sujeitos do processo devem atuar em conjunto para a solução de um resultado legítimo e justo. Não se permite que a deliberação acerca do ônus probatório ocorra na sentença, o que violaria o princípio da não surpresa.

Então, no saneamento do processo, poderá ocorrer, em termos de ônus probatório: a) a distribuição tradicional do ônus da prova; b) a inversão do ônus da prova por decisão judicial (*ope iudicis*); c) a inversão do ônus da prova em virtude de lei (*ope legis*); d) a distribuição dinâmica do ônus da prova; e) a realização de negócio jurídico processual com a convenção das partes em matéria probatória.

4.1 Distribuição do ônus da prova na fraude à execução: credor e terceiro de boa-fé

Não há consenso entre a doutrina e jurisprudência a respeito do tema, é bom registrar isso desde logo. O novo Código de Processo Civil também não pacificou a questão.

Resumidamente, existem duas correntes. A primeira delas entende que o ônus probatório recai sobre o credor, uma vez que poderia ter sido mais diligente e providenciado a averbação da ação ou o registro da penhora junto à matrícula do bem. Prestigia-se, nesse caso, a boa-fé do adquirente, que é presumida, impondo-se a prova da má-fé. Aqui, repita-se, estamos a tratar das hipóteses em que não há a presunção absoluta de conhecimento de terceiros decorrente da averbação ou penhora.

³ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Para a segunda corrente, o ônus probatório deve recair sobre o terceiro, adquirente do bem. Os fundamentos são a existência de uma presunção relativa de fraude em favor do exequente, nos termos do art. 792, IV, do CPC, que caracteriza a fraude quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência, e ainda porque se espera do terceiro adquirente que obtenha as certidões do cartório distribuidor em nome do alienante. “Assim, o adquirente teria que provar que o devedor não ficou reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, mesmo tendo sido diligente” (MIRANDA FILHO, 2016, p. 141-142).

Diante do julgamento do Recurso Especial nº 956.943/PR, que afetou o julgamento deste recurso nos termos do art. 543-C do CPC revogado, os Ministros Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha tiveram posições diferentes, já adiantando que a tese esposada pelo Min. Noronha saiu vencedora, acompanhada pela maioria dos julgadores. A ementa do acórdão já foi transcrita neste trabalho, destacando-se que dois eram os pontos a serem esclarecidos: quem suportará o ônus probatório quanto à ciência do terceiro adquirente a respeito da fraude, e ainda a questão temporal, delimitando-se o momento a partir do qual a alienação do bem pelo devedor seria considerada fraude.

Para a Ministra Andrighi, a questão perpassa pela aplicação da teoria da distribuição do ônus da prova, apontando que, “aplicando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova à hipótese específica da alienação de bem imóvel em fraude de execução, conclui-se 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.

Ao final, concluiu a Ministra Nancy Andrighi que, “na alienação de imóveis em fraude de execução, deve subsistir a presunção relativa de má-fé do terceiro adquirente, salvo se houver registro da penhora na matrícula do bem, hipótese em que tal presunção será absoluta”, tornando-se “imprescindível, nos termos do art. 125, § 3º, do RISTJ, a revisão da Súmula 375/STJ” (STJ, Corte Especial, REsp 956.943/PR, Rel.^a Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. em 20/8/2014).

Lado outro, o Ministro Noronha, ao divergir da Relatora, defendeu a aplicação e manutenção da Súmula 375 do STJ, afirmando que, “com a redação atual, tem-se mostrado adequada à resolução das questões que são trazidas a julgamento”, não parecendo “razoável adotar entendimento que privilegie a inversão de um princípio geral de direito universalmente aceito, o da presunção da boa-fé, sendo mesmo milenar a

parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova” (STJ, Corte Especial, REsp 956.943/PR, Rel.^a Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. em 20/8/2014). Assim, para o Min. Noronha, o credor não pode ser beneficiado com a inversão do ônus da prova quando deixou de adotar as condutas necessárias, ou seja, não foi diligente, não procedeu com a averbação da ação ou da penhora no registro imobiliário.

O resultado do julgamento, portanto, imputa ao credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da demanda capaz de levar o alienante à insolvência.

Pode o magistrado, aplicando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e para evitar que a prova de fato se torna impossível ou excessivamente onerosa para uma das partes, estabelecer e distribuir, de forma diversa e específica, o ônus da prova.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 410.988/RS, após o julgamento do repetitivo, em decisão monocrática do Ministro Marco Buzzi, admitiu a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus probatório na fraude à execução.

Para sintetizar a questão do ônus probatório em matéria de fraude à execução, podemos elaborar as seguintes premissas: i) em havendo averbação ou registro na matrícula do bem, existe presunção de conhecimento de terceiros, inclusive o devedor, sendo a fraude reconhecida na ação que leva o devedor à insolvência; ii) não existindo a averbação da ação ou da penhora, em consequência do julgamento do Recurso Especial nº 956.943/PR, é ônus da prova do credor demonstrar que o terceiro adquirente agiu de má-fé; iii) quando se fala em má-fé na fraude à execução, esta tem caráter objetivo e específico, consistente unicamente na negligência do adquirente que não tomou as cautelas necessárias à aquisição do bem, não se cogitando de dolo ou qualquer outro elemento subjetivo; iv) existe a possibilidade de, diante do caso concreto, proceder-se com a distribuição dinâmica do ônus da prova, mesmo diante dos termos da Súmula 375 do STJ; v) A decisão de saneamento do processo é o momento adequado para que se estabeleça e se distribua o ônus da prova, mesmo no incidente em que se discute a fraude à execução.

5 Conclusão

Uma vez elucidada a natureza jurídica da fraude – incidente processual – e esclarecidos seus elementos, suas hipóteses de incidência e marco temporal em que pode ocorrer, restou o estudo do ônus da prova aplicável ao instituto da fraude.

Conceituamos a fraude como instituto de direito processual civil, provocado mediante incidente processual e caracterizador de ato atentatório à dignidade da justiça, que, baseando-se na limitação da disponibilidade dos bens do devedor que frustra o resultado da execução com a alienação de seus bens, torna esse ato ineficaz.

Identificamos seus elementos – litispendência e frustração dos meios executórios – e fixamos a necessidade de citação do devedor, ainda que este ato tenha ocorrido no processo do conhecimento.

Salientamos as hipóteses em que o credor diligente cuidou de averbar a existência da ação ou da penhora no registro do bem, gerando presunção absoluta de conhecimento de terceiros, inclusive o devedor, e facilitando, e muito, o reconhecimento da fraude, uma vez preenchidos seus requisitos: ação em curso capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Lado outro, seja pela inércia do credor, seja pela natureza do bem que não permite o registro, fica estampada a necessidade de, previamente, se definir a quem compete o ônus da prova: credor ou terceiro que alega sua boa-fé.

Após sucessivas oscilações de jurisprudência, chegou-se ao julgamento do Recurso Especial nº 956.943/PR, que foi objeto de ampla discussão, inclusive com votos em sentido opostos. Tal recurso, entretanto, não pacificou os entendimentos e foi alvo de críticas por parte de vários doutrinadores. O julgamento do Recurso Especial e os termos da Súmula 375 do STJ foram bastante questionados.

Com as críticas ou sem elas, o que se tem hoje, em termos de precedentes, é que cabe ao credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente não agiu de boa-fé ao adquirir o bem litigioso. E, ao assim se decidir, parece que o conceito de má-fé foi distorcido para um âmbito subjetivo, enquanto que alguns, a meu ver acertadamente, defendem seu caráter objetivo no incidente da fraude à execução, ou seja, desvincilhado de qualquer atitude dolosa do adquirente na prática de ato fraudulento em conluio com terceiros, mas, o revés, entendendo a má-fé simplesmente como ausência de comportamento necessário e prévio à aquisição do bem, por exemplo, tendo deixado o adquirente de obter as certidões cartorárias ou mesmo de praticar qualquer outro comportamento que estivesse ao seu alcance antes de decidir pela aquisição.

Daí a necessidade de distribuição do ônus probatório, permitindo-se, a depender do caso concreto, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Portanto, diante da necessidade de produção de provas e da distribuição desse ônus entre as partes, credor e terceiro que alega ser adquirente de boa-fé, imprescindível, para a garantia da efetividade e legitimidade da decisão a ser proferida, que tal encargo seja feito em decisão de saneamento do processo, em que se prevê a possibilidade de cooperação das partes, com prévia ciência do encargo que compete a cada uma delas, evitando-se a surpresa na decisão a ser proferida.

Nesse ponto, e com fundamento num modelo constitucional de processo em que os princípios da boa-fé, cooperação e não surpresa são essenciais à garantia do Estado Democrático de Direito, bem como à solução justa e legítima da causa, é que acreditamos na necessidade, em alguns casos de fraude, da prolação de decisão saneadora.

É bem verdade que nem sempre o saneamento será necessário. Em alguns casos, o julgamento pode ser sumário, respeitado, evidentemente, o contraditório, mas sem a necessidade de dilação probatória, por exemplo, nas hipóteses em que há averbação da ação ou registro da penhora, com presunção absoluta de conhecimento de terceiros, inclusive o adquirente. Aqui, a defesa do devedor se limita à prova de que a oneração ou alienação do bem não foi capaz de reduzi-lo à insolvência ou ainda ao marco temporal da fraude.

Mas, lado outro, se a discussão acerca da boa-fé do terceiro adquirente perpassa pela discussão a respeito de seu conhecimento ou não da situação do credor, inexistindo averbação da ação ou da penhora, torna-se imprescindível a distribuição do ônus probatório, que, a depender do caso concreto, poderá ocorrer de forma dinâmica, atribuindo-se à parte que tiver melhores condições de produzir a prova este encargo. E, ao fazê-lo, o magistrado deverá proferir decisão em momento e forma previstos na decisão de saneamento e organização do processo.

Referências

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 956.943/PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi; Relator para o acórdão: Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial. *DJe*, Brasília, DF, 1º dez. 2014.

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: Revista dos Tribunais, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3 (arts. 539 a 925).

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CIGNACHI, Gustavo Chies. *A fraude à execução na perspectiva da boa-fé objetiva*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - PUC/SP, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FERREIRA, William Santos. O ônus da prova na fraude à execução: a boa-fé objetiva e as premissas de uma sociedade justa e solidária. *In*: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao Professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 744-767.

MIRANDA FILHO, Luiz Antônio Castro de. *Fraude à execução pela insolvência do executado e o confronto entre as posições do exequente e do terceiro adquirente*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - PUC/SP, 2016.

GALVÃO, Larissa Aveno Ordoñez de Andrade. *Fraude à execução na ação civil ex delicto*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - PUC/SP, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Execução e recursos: comentários ao CPC 2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

GOMES, Gustavo Gonçalves. O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo. 2016. Dissertação (Doutorado em Direito Processual) - PUC/SP, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/1954>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

LEONARDO, César Augusto Luiz. *Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em: 17 fev. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo de execução, arts. 566 a 645*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 8.