

# **A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DE PROVA NA FRAUDE À EXECUÇÃO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

THE DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF IN THE EVENT OF THE FRAUD ENFORCEMENT AND THE DRAFT LAW OF A NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

**FÁBIO ROQUE ABREU NOGUEIRA**

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Milton Campos

fabioroque.nogueira@yahoo.com.br

## **RESUMO**

Este trabalho se desenvolve a partir das divergentes posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da distribuição do ônus de prova na fraude à execução, especialmente após a edição da súmula 375 do STJ. Seu objetivo é verificar se a regulamentação da matéria no projeto de novo Código de Processo Civil está em consonância com os princípios da efetividade, da segurança jurídica e da boa-fé objetiva. Para tanto, em primeiro lugar, faz-se um breve estudo dos requisitos necessários para a caracterização da fraude contra credores e da fraude à execução, e de seus respectivos efeitos, a fim demonstrar que são institutos próprios e que não se confundem. Em seguida, são expostos os posicionamentos predominantes na doutrina e jurisprudência sobre a distribuição do ônus de prova. Por fim, passa-se à análise da regulamentação da matéria no PL 8046/2010, cuja redação foi sugerida e aprovada em curto período de tempo, dando ensejo a formulação de críticas formais e materiais sobre o texto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ônus de prova; Fraude contra credores; Fraude à execução; Súmula 375 do STJ; Projeto de Lei nº8046/2010.

## **ABSTRACT**

This work grows out of differing doctrinal and jurisprudential positions about the distribution of the burden of proof in fraud enforcement, especially after the publication of precedent 375 of the STJ. Your goal is to verify that the regulation of matters in the draft of new Code of Civil Procedure is in line with the principles of effectiveness, legal certainty and objective good faith. To do so, firstly, it is a brief study of the requirements for the characterization of fraud against creditors and fraud enforcement, and their effects in order to demonstrate that institutions are themselves and not get confused. They are then exposed to placements in the prevailing doctrine and jurisprudence on the distribution of the burden of proof. Finally,

passing to the analysis of regulation of the matter in PL 8046/2010, whose wording was suggested and approved in a short period of time, giving rise to the formulation of formal and substantive criticisms on the text.

**KEYWORDS:** Burden of proof; Fraud against creditor; Fraud enforcement; Precedent 375 from STJ; Draft Law nº8046/2010.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 Fraude contra credores: 2.1 Requisitos para a configuração da fraude contra credores; 2.2 Efeitos da sentença proferida na ação pauliana – 3 Fraude à execução: 3.1 Requisitos para caracterização da fraude à execução; 3.2 Efeitos da decisão que reconhece a fraude à execução – 4 A distribuição do ônus de prova para configuração de fraude à execução: 4.1 Modelo de processo como procedimento em contraditório; 4.2 O posicionamento predominante da doutrina; 4.3 O posicionamento predominante do STJ – 5 A fraude à execução no PL 8046/10 – 6 Algumas críticas ao art. 749 do PL 8046/10: 6.1 Da garantia do terceiro adquirente ao contraditório; 6.2 Da distribuição do ônus de prova nas hipóteses em que a ação esteja tramitando em local diverso do domicílio do devedor ou da localização do bem; 6.3 Do conteúdo das certidões e do momento de sua obtenção; 6.4 Críticas de redação – 7 Considerações Finais – 8 Referências

## **1 INTRODUÇÃO**

A fraude contra credores e fraude à execução são dois institutos bastante semelhantes no ordenamento jurídico brasileiro, e que trazem muita controvérsia em sua interpretação e aplicação, seja na doutrina e jurisprudência.

Especialmente a partir da edição da Lei 11.382/06, a jurisprudência relativa à fraude à execução tem se transformado no sentido de aproximar ainda mais os requisitos de sua aplicação àqueles da fraude contra credores, na tentativa de proteger o terceiro adquirente de boa-fé.

Tal entendimento foi potencializado por meio da súmula 375 do STJ, aprovada pela Corte Especial em 18/03/2009, que inverteu o ônus de prova da fraude à execução, determinando ao credor a incumbência do registro da penhora do bem alienado em fraude à execução ou a necessidade de comprovar a má-fé do terceiro adquirente.

Não bastassem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o anteprojeto de novo Código de Processo Civil e o projeto de lei aprovado no Senado também apresentaram

novidades na regulamentação da matéria. O projeto de lei aprovado no Senado trouxe uma nova redação ao dispositivo do anteprojeto que tratava da fraude à execução, contrariando a jurisprudência predominante do STJ.

No entanto, a nova regulamentação da matéria pode não ter passado pelo debate necessário que o assunto merece, dando margem a algumas críticas à sua redação, como exposto a seguir, eis que foi sugerida e aprovada durante a curta tramitação do projeto no Senado, que ocorreu no prazo exíguo de seis meses.

## **2 FRAUDE CONTRA CREDITORES**

### **2.1 Requisitos para caracterização da fraude contra credores**

O instituto da fraude contra credores está previsto nos artigos 158 e 165 do Código Civil, e exige dois requisitos para sua configuração, um de caráter objetivo e outro subjetivo.

O requisito objetivo, conhecido na doutrina como *eventus damni*, é a existência de uma disposição patrimonial que crie ou agrave o estado de insolvência do devedor. Em outras palavras, este requisito se encontra presente quando o passivo do devedor se torna maior que o ativo; quando o devedor não tem mais bens suficientes em seu patrimônio para garantir o cumprimento de suas obrigações.

Por outro lado, o requisito subjetivo, também denominado de *consilium fraudis*, está ligado à intenção do devedor de provocar a sua redução patrimonial até o estado de insolvência.

Se o ato de disposição patrimonial for praticado a título gratuito, presume-se o intuito fraudulento de forma absoluta. Já nos casos onerosos, o credor deve comprovar que o devedor tinha ao menos o potencial conhecimento de que seu ato o levaria à insolvência, ainda que não possuísse a intenção deliberada de fraudar.

Além disso, o credor também deverá comprovar que o terceiro adquirente tinha conhecimento de que a alienação levaria o devedor à insolvência

Vale destacar que somente têm legitimidade para pleitear o reconhecimento da fraude contra credores aquelas pessoas que já eram credoras do devedor antes do ato de disposição patrimonial que o tornou insolvente.

E, para tanto, é indispensável a propositura de uma ação específica com esse fim, pois, ao contrário da fraude à execução, não se admite o reconhecimento de fraude contra credores

incidentalmente em outros processos. Trata-se da ação pauliana (ou revocatória), em que compete ao credor o ônus de comprovar a ocorrência do *eventus damni* e do *consilium fraudis*.

## 2.2 Efeitos da sentença proferida na ação pauliana

A natureza do vício do ato praticado em fraude contra credores e os efeitos decorrentes da sentença proferida na ação pauliana são bastante discutidos pela doutrina.

Segundo uma das correntes, partindo de uma interpretação literal do art. 178, inciso II, do Código Civil, o negócio jurídico praticado em fraude contra credores é anulável.

Assim, a sentença de procedência da ação pauliana desconstitui o negócio jurídico, retornando-se ao *status quo ante*. Dessa forma, o bem passa a integrar novamente o patrimônio do devedor e se torna uma garantia para todas as execuções em curso, nos termos do art. 591 do CPC, e não apenas para aqueles credores que sofreram a fraude.

Nessa linha de raciocínio, uma vez expropriado o bem e obtido valor superior ao da dívida com seus credores, o saldo remanescente é devolvido ao devedor, e não ao terceiro adquirente, tendo em vista que o negócio de transmissão do bem foi anulado.

Tratando-se de anulação de ato jurídico, exige-se a formação de litisconsórcio necessário na ação paulina entre os contratantes, quais sejam, o devedor e o terceiro adquirente.

Por outro lado, outra parte da doutrina entende que o ato de alienação do bem em fraude contra credores é válido, porém é inoponível ao credor, assim como ocorre na fraude à execução. É uma corrente mais moderna, que encontra vários adeptos processualistas e adesão na jurisprudência.

Segundo essa corrente, somente se pode falar que o ato jurídico é inválido (nulo ou anulável) quando lhe faltar um dos requisitos internos, o que não ocorre com a fraude contra credores, em que o vício do ato é extrínseco, gerando apenas a sua ineficácia.

Neste ponto, cumpre fazer uma diferenciação entre a ineficácia absoluta e a relativa. Na primeira, embora o ato seja válido, é incapaz de produzir qualquer efeito, pois sua eficácia depende de um ato extrínseco, como uma condição suspensiva. Na ineficácia relativa, embora o ato seja válido e apto a produzir efeitos, é ineficaz em relação a uma pessoa, estranha ao ato.

No caso da fraude contra credores, há uma ineficácia relativa do ato, pois o ato fraudulento não gera efeitos apenas em relação ao credor, que poderá, após a sentença de procedência da ação pauliana, invadir o patrimônio do terceiro para satisfazer seu direito.

Dessa forma, mantendo-se a validade do negócio jurídico entre o devedor e o terceiro adquirente, o bem não retorna ao patrimônio do devedor. Assim, o credor autor da ação pauliana é o único beneficiado com a decisão, sendo certo que o devedor não pode de maneira nenhuma ser favorecido por tal sentença.

Na hipótese de o valor da expropriação ser superior ao da dívida, a quantia remanescente deverá ser entregue ao terceiro adquirente, e não ao devedor, já que entre eles o negócio jurídico mantém-se válido e eficaz.

Alexandre Freitas Câmara (2005), adepto da segunda corrente, explica que essa ineficácia relativa do ato de alienação em fraude contra credores ocorre porque tal ato é capaz de produzir seu efeito programado, qual seja, a transmissão de um bem do patrimônio do devedor para o patrimônio do terceiro, mas não é capaz de produzir seu efeito secundário, que é a exclusão do campo de incidência da responsabilidade patrimonial do devedor, nos termos do art. 591 do CPC.

Em outros termos, embora o bem tenha saído do patrimônio do devedor, ainda permanece incluído no campo de incidência de sua responsabilidade patrimonial, de modo que será possível a sua apreensão, no patrimônio do terceiro que o adquiriu, para que este bem possa garantir o direito do credor.

### **3 FRAUDE À EXECUÇÃO**

#### **3.1 Requisitos para caracterização da fraude à execução**

A fraude à execução é um instituto tipicamente brasileiro, regulado pelo art. 593 do Código de Processo Civil, que prevê três hipóteses de configuração de fraude à execução.

De acordo com o inciso I, considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real. Também se devem incluir as ações fundadas em direito reipersecutório, conforme disposto no art. 592, inciso I, do CPC.

No inciso II está prevista a existência de demanda judicial ao tempo do ato de alienação ou oneração capaz de reduzir o devedor à insolvência. Assim, basta que o devedor tenha ciência de que existia contra ele uma demanda judicial, seja por meio da citação, seja

por outra forma de comprovar que ele tinha ciência inequívoca da existência da ação, quando alienou os bens de seu patrimônio.

É importante destacar que a demanda de que trata o inciso II não é necessariamente uma execução, sendo admissível que o ato de fraude à execução ocorra no processo de conhecimento e no cautelar. Contudo, o reconhecimento da fraude só ocorre na fase de execução, que terá caráter declaratório, com eficácia *ex tunc*.

Por fim, o inciso III estabelece que também configuram fraude à execução os demais casos previstos expressamente em lei. Dentre eles, podemos citar a penhora sobre crédito, previsto no art. 627, §3º, do CPC, e o caso da hipoteca judicial e alienação ou oneração de bens do sujeito passivo de dívida ativa em execução, previsto no art. 185 do CTN.

A partir de uma leitura atenta da redação do art. 593, pode-se concluir que os requisitos necessários para a caracterização da fraude à execução são de ordem objetiva, quais sejam, a frustração dos meios executórios em decorrência da insolvência do devedor (*eventus damni*) e a litispendência de uma determinada ação<sup>1</sup>.

Note-se que não há necessidade de comprovar o *consilium fraudis*, como ocorre na fraude contra credores. Além disso, para o reconhecimento da fraude à execução não é necessário o ingresso de qualquer ação judicial por parte do credor, bastando uma mera petição no processo já pendente para que o juiz reconheça a fraude.

Uma parcela minoritária da doutrina defende a exigibilidade de uma sentença transitada em julgada em processo de conhecimento com ampla possibilidade de defesa do terceiro adquirente e do devedor alienante, por ser a única forma de preservação do devido processo legal.

No entanto, a maioria da doutrina entende que o contraditório se estabelece incidentalmente, exigindo-se a oitiva do terceiro adquirente antes de acolhida a alegação de fraude à execução.

### 3.2 Efeitos da decisão que reconhece a fraude à execução

A doutrina é pacífica em aceitar que o ato praticado em fraude à execução é válido, porém ineficaz contra o credor, ou seja, o ato não lhe é oponível. Diante disso, aplicam-se as mesmas considerações feitas em relação à fraude contra credores.

---

<sup>1</sup> Assim entendida como a ciência inequívoca da ação, que pode ser dar por meio da citação válida ou por qualquer outra forma que leve ao réu o conhecimento do ajuizamento do processo judicial.

Por outro lado, além de gerar prejuízos ao credor, o ato praticado em fraude à execução também atenta contra o próprio Poder Judiciário, uma vez que frustra a utilidade do processo.

Assim, o ato praticado em fraude à execução é considerado como ato atentatório à dignidade da justiça e a parte que o praticou, nas execuções por quantia certa, pode ser penalizada com uma multa de até 20% do débito exequendo, em favor do credor, nos termos dos artigos 600 e 601 do CPC.

A fraude à execução gera ineficácia originária. Desse modo, tendo em vista que não existe controvérsia acerca dos efeitos dos atos produzidos em fraude à execução, também inexistente discussão a respeito dos efeitos da decisão que reconhece a fraude.

Trata-se de uma decisão interlocutória, meramente declaratória, de modo que o ato não impedirá a atividade executiva incida sobre o bem alienado ou onerado fraudulentamente.

## **4 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DE PROVA PARA CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO**

### **4.1 Modelo de processo como procedimento em contraditório**

Antes de adentrar no estudo das posições predominantes na doutrina e jurisprudência e nas críticas ao PL 8046/2010, cumpre fazer uma breve referência ao moderno entendimento a respeito do modelo de processo como procedimento em contraditório.

Essa teoria teve início com a obra de Elio Fazzalari, que modificou toda a estrutura do processo, ao reformular os conceitos para os termos “processo” e “procedimento”, desconstruindo o antigo modelo baseado no direito de ação e no processo entendido como uma relação jurídica.

Conforme ensina Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p.112), segundo esta teoria, o procedimento seria uma sequência de normas, atos e posições subjetivas, pré-implicados, de modo que uma norma antecedente seria pressuposto para a realização da consequente. E o processo, por sua vez, seria uma das espécies de procedimento, que se diferencia dos demais, tendo em vista o tratamento dispensado às partes, que devem participar do procedimento em posição de simétrica paridade, ou seja, em contraditório:

A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. (GONÇALVES, 1992, p. 68)

E nessa concepção, o contraditório deve ser compreendido em dois momentos. Inicialmente, consistente na garantia conferida às partes de serem devidamente informadas de todos os atos do processo, para que possam exercer as posições jurídicas em face das normas processuais. Em um segundo momento, o contraditório se revela como a faculdade, e não necessariamente uma obrigação, de as partes poderem participar efetivamente do processo.

A proposta do processo como procedimento em contraditório vem ganhando grande força na doutrina moderna, pois se coaduna com o paradigma constitucional atual do Estado Democrático de Direito, na medida em que garante a participação, em contraditório, de todos os destinatários da decisão.

Assim, verifica-se que a noção de processo como procedimento em contraditório garante a participação não só de autor e réu, mas também das demais pessoas envolvidas na atividade jurisdicional, como o interveniente, o juiz, o representante do Ministério Público, dentre outros, a atuarem nas mesmas condições.

#### 4.2 O posicionamento predominante da doutrina

Conforme se pode inferir do breve estudo dos dois institutos, uma das poucas diferenças existentes entre a fraude contra credores e a fraude à execução é o requisito do *consilium fraudis*, que não se faz necessário para a configuração desta última.

Na fraude à execução não importa se havia ciência das partes ou do terceiro de que o ato levaria o devedor à insolvência, ou seja, dispensa-se a análise do elemento subjetivo. A intenção fraudulenta é presumida, sendo irrelevante para os fins de configuração da fraude se o ato é real ou simulado, de boa-fé ou má-fé.

Neste ponto, vale destacar que a presunção é uma das formas de prova admitidas em direito, nos termos do art. 212, inciso IV, do Código Civil, podendo ser classificada como *jure et jure*, quando for absoluta, ou *juris tantum*, quando admitir produção de outras provas em sentido contrário.

A presunção da existência de fraude à execução é, em regra, *juris tantum*, cabendo ao terceiro adquirente comprovar que foi diligente ao adquirir o bem do devedor, na medida em que solicitou certidões de distribuição de feitos para verificar se existia alguma demanda ajuizada contra o devedor que poderia lhe reduzir à insolvência.

Por outro lado, a lei estabelece algumas situações em que a presunção de fraude será absoluta, tendo em vista a existência do registro público da situação do devedor, conforme previsto nos artigos 615-A, §3º, e 659, §4º, ambos do CPC.

O art.615-A, do CPC, introduzido pela Lei 11.382/06, permite ao exequente obter uma certidão, no momento da distribuição da demanda, para averbar em registros de bens sujeitos à constrição judicial, como registros de imóveis, DETRAN, Junta Comercial, entre outros. E, uma vez efetuada a averbação comprovando o ajuizamento da ação, o §3º determina que a alienação ou oneração de bem posteriores presumem-se realizadas em fraude à execução.

Para Daniel Amorim, trata-se de uma presunção apenas relativa de fraude à execução, pois, se o devedor possuir outros bens suficientes para satisfazer a dívida, ainda que exista a averbação de um deles, não haverá fraude à execução. A presunção absoluta, nesse caso, seria apenas em relação à existência da demanda judicial, o que não é suficiente para configurar a fraude à execução, pois também é indispensável o *eventus damni*.

Nesse mesmo sentido, o art. 659, §4º, do CPC, com redação determinada pela Lei 11.382/06, estabelece que compete ao exequente providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a averbação da penhora de bens imóveis no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

#### 4.3 O posicionamento predominante do STJ

Em que pesem os ensinamentos doutrinários, a posição predominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o terceiro adquirente do bem alienado em fraude à execução também deve ser protegido, com base no princípio da boa-fé objetiva.

Então, segundo o entendimento predominante no STJ, para a configuração da fraude à execução seria necessário que o credor comprove que o terceiro adquirente do bem alienado em fraude à execução sabia da existência da ação ou apresente razões que demonstre ser impossível ignorá-la, tais como o registro da ação perante o cartório de imóveis, ampla divulgação na imprensa, etc.

Esse entendimento foi potencializado pela súmula 375, aprovada pela Corte Especial em 18/03/2009, que estabelece que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Em outras palavras, o STJ inverteu o ônus de prova da fraude à execução, pois, embora a lei dispense a comprovação do *consilium fraudis*, a súmula determina que compete ao credor provar que o terceiro adquirente tinha ciência de que havia uma constrição ou demanda contra o devedor capaz de levá-lo à insolvência.

Esse posicionamento vem sofrendo muitas críticas na doutrina, a partir do entendimento de que o art. 659, §4º, do CPC não estabeleceu mais um requisito para a configuração da fraude à execução. Na realidade, trouxe apenas uma hipótese em que a fraude seria presumida, como já dispunha o art. 240 da Lei 6.015/73.

Além disso, como o art. 593 traz a presunção relativa de fraude, competiria ao terceiro adquirente comprovar que tomou a devida cautela para a celebração do negócio com o devedor, se certificando que a disposição patrimonial não irá prejudicar as garantias das ações em curso em face do devedor. Tal cautela seria, na realidade, uma imposição legal, conforme disposto na Lei 7.433/85 e Decreto 93.240/86.

Assim, segundo parte da doutrina, a averbação da penhora ou da certidão de arrematação de execuções somente teria o condão de tornar absoluta a presunção de fraude à execução.

Vale mencionar que se encontram afetados à Corte Especial do STJ o julgamento de três recursos especiais (REsp 773.643/DF, 956.943/PR e 1.112.648/DF) que tratam sobre a matéria, submetidos ao procedimento do art. 543-C do CPC.

Diante disso, ficará suspenso o processamento de todos os recursos especiais que versem sobre os requisitos necessários à caracterização da fraude de execução envolvendo bens imóveis, excetuadas as execuções de natureza fiscal, para as quais o STJ já decidiu que não se aplica a súmula 375 (REsp 1.141.990/PR), publicada no DJe do dia 19/11/2010.

Neste ponto, é importante destacar que, após o julgamento do REsp 1.141.990/PR, o posicionamento do STJ, quanto à distribuição de ônus de prova na fraude à execução, em

processos de natureza não-fiscal, também deveria ter sido revisto, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Ora, se a súmula 375 não se aplica para a Fazenda Pública, de modo que compete ao terceiro comprovar que adquiriu, de boa-fé, o bem alienado em fraude à execução, tal entendimento também deveria ser aplicado a todos os demais processos, eis que não há justificativas razoáveis, legais ou principiológicas, que autorizem o tratamento diferenciado quanto a esse aspecto.

## **5 A FRAUDE À EXECUÇÃO NO PL 8046/10**

Antes de analisar a regulamentação da matéria no PL 8046/10, vale destacar como era o tratamento da fraude à execução no anteprojeto do novo CPC, que deu origem ao PL 166/10, no Senado Federal. O dispositivo tinha a seguinte redação (*in verbis*):

Art. 716. Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, desde que haja registro público ou prova da má-fé do terceiro adquirente.

II – quando houver registro público da constrição do bem objeto de ação pendente ou prova da má-fé do terceiro adquirente.

III – nos demais casos expressos em lei.

Como se pode perceber, a redação estava em conformidade com o entendimento contido na súmula 375 do STJ, pois, exigia o registro público da constrição ou a comprovação da má-fé do terceiro adquirente, para a caracterização da fraude à execução.

Note-se que havia sido retirada a mais corriqueira – e a mais polêmica – das hipóteses de caracterização de fraude à execução, quando ao tempo da disposição do bem corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, prevista atualmente no art. 593, inciso II, do CPC.

Durante a tramitação do projeto no Senado, foram realizadas dez audiências públicas, em diversos estados da federação, para apresentar e debater o texto previsto no anteprojeto, bem como para receber sugestões. Além disso, também foram encaminhadas inúmeras

sugestões, para aperfeiçoamento do texto, seja por meio de notas técnicas, ofícios, e-mails ou do próprio *site* do Senado Federal.

Dentre as sugestões encaminhadas, segundo consta da tramitação do projeto no *site* do Senado, a proposta de emenda ao art. 716 do PL 166/2010 foi apresentada pelo Dr. Luiz Antônio Ferrari Neto, em petição devidamente fundamentada, tendo sido juntada aos autos no dia 11/11/2010. Sua proposta foi formulada nos seguintes termos: “acrescentar um parágrafo, descrevendo que haverá a inversão do ônus de prova, cabendo ao terceiro adquirente comprovar que é terceiro de boa-fé”.

Em sua justificativa para a proposição, o ilustre advogado afirma que o enunciado da súmula 375 do STJ não reflete o entendimento dos precedentes que lhe deram origem, trazendo uma distorção do instituto da fraude à execução, que passaria a se confundir com a fraude contra credores.

Além disso, também afirma que já é prática no mercado a obtenção de certidões dos distribuidores cíveis antes de se adquirir um imóvel, e que a redação do art. 716 traria consequências desastrosas para o andamento das execuções e cumprimentos de sentença.

Pouco menos de um mês depois, no dia 01/12/2010, foi assinado um parecer pelos senadores que compunham a “Comissão Temporária de Reforma do CPC”, já com a redação do antigo art. 716 modificada, passando-se a regular a matéria da fraude à execução no art. 749, nos seguintes termos:

Art. 749. Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, desde que haja registro público;

II – quando sobre eles existir a averbação da existência da ação, na forma do art. 785;

III – quando sobre eles existir registro de hipoteca judiciária ou de ato de constrição judicial originário da ação onde foi arguida;

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

V – nos demais casos expressos em lei.

Parágrafo único. Não havendo registro, o terceiro adquirente tem o ônus da prova de 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.

O substitutivo foi aprovado no dia 15/12/2010, e seguiu para apreciação da Câmara dos Deputados.

Como se pode inferir pelo *site* do Senado Federal, a tramitação do PL 166/2010 ocorreu de forma muito rápida, especialmente quanto à matéria da fraude à execução, cujo transcurso de prazo entre a sua redação e aprovação foi menor do que um mês.

Vale destacar ainda que os próprios senadores apresentaram propostas de emendas ao anteprojeto, sendo que apenas uma delas versava sobre fraude à execução. A Emenda nº 187, de autoria do Senador Marconi Perillo, pretendia acrescentar um inciso ao art. 716, com redação semelhante ao atual art. 593, inciso II, do CPC. No entanto, a proposta foi rejeitada, sob o fundamento de que a alteração contrariaria o sistema de fraude contra credores, previsto no Código Civil, o que nos parece um pouco contraditório, tendo em vista a aprovação do art. 749 transcrito acima.

Diante dessas considerações, talvez o novo dispositivo que regula a fraude à execução não tenha passado pelos debates e revisões necessárias que a relevância da matéria exige, e que culminou em uma redação que deixou a desejar em alguns pontos, conforme será exposto no próximo item. Ressalte-se que o art. 749 modificou um paradigma presente no Código de Processo Civil desde a sua publicação, e em sentido contrário ao posicionamento predominante no STJ, que já conta inclusive com entendimento sumulado sobre a matéria.

A inversão do ônus de prova em desfavor do terceiro adquirente cria uma situação nova no ordenamento jurídico brasileiro, em que se privilegia o credor em detrimento do terceiro, que se torna obrigado a comprovar a sua boa-fé.

Note-se que o próprio Luiz Antonio Ferrari Neto (2011) dispõe que o nível de cautela do terceiro adquirente deve ser elevadíssimo, pois não basta apenas requerer a apresentação de certidões de feitos civis da Justiça Comum, devendo também serem providenciadas certidões dos distribuidores da Justiça Comum Criminal, Justiça Federal Cível e Criminal, Eleitoral, Militar e do Trabalho.

No entanto, também afirma que a conveniência de obtenção das certidões é relativa, segundo a natureza do bem e seu valor, pois, se de um lado, não é preciso de toda essa cautela para alienações de pequena monta, como um “simples doce”, também é certo que existem alguns bens móveis de valor superior a muitos imóveis, como carros importados, por exemplo.

De toda forma, como a nova redação do art. 749 do projeto de lei determina que compete ao terceiro adquirente o ônus de prova de que solicitou as certidões pertinentes, o risco da não obtenção dessas certidões também é exclusivo do terceiro.

## **6 ALGUMAS CRÍTICAS AO ART.749 DO PL 8046/2010**

Em que pesem as opiniões em sentido contrário, é certo que a nova redação do projeto de novo Código de Processo Civil foi aprovada no Senado. Assim, caso se entenda pela manutenção da distribuição do ônus de prova ao terceiro adquirente, e sem adentrar no mérito da conveniência técnica e jurídica da inversão do ônus de prova em desfavor do terceiro adquirente, cumpre analisar algumas questões de cunho material e formal sobre a nova disposição sobre a fraude à execução.

### **6.1 Da garantia do terceiro adquirente ao contraditório**

Atualmente, a garantia do contraditório conferida ao terceiro adquirente se dá por meio incidental, no curso do processo em que o credor move em face do devedor, durante o qual ocorreu a oneração do bem capaz de levá-lo à insolvência. Assim, em obediência a essa garantia constitucional, a fraude à execução não pode ser reconhecida antes que o terceiro adquirente seja intimado a se manifestar.

Entretanto, não há nenhuma norma infraconstitucional que regule expressamente a forma de participação do terceiro no processo em que se discute a fraude à execução, estabelecendo, por exemplo, a dilação probatória e os recursos que lhe seriam inerentes. Da mesma forma, o projeto de novo CPC pode ter perdido a oportunidade de eliminar quaisquer tipos de dúvidas nesse sentido, observando-se os princípios constitucionais, conforme determina seu art. 1º.

Por outro lado, note-se que uma das novidades introduzidas no PL 8046/2010 foi a criação de um “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, regulamentado, nos seus artigos 77 a 79, as hipóteses de seu cabimento e o momento adequado para sua interposição, bem como as provas e recursos.

Ora, trata-se de um incidente semelhante ao que ocorre nas hipóteses de fraude à execução, pois um terceiro estranho à lide também é chamado para participar no processo, que irá produzir efeitos em sua esfera jurídica. No caso da desconsideração da personalidade jurídica, o terceiro é o sócio ou ex-sócio, cujo patrimônio poderá ser utilizado como garantia da satisfação da execução.

E, para que seja respeitado o princípio constitucional do contraditório, devem ser asseguradas ao terceiro as mesmas garantias conferidas às partes, com ampla possibilidade de participação na instrução probatória, eis que também será destinatário do provimento judicial, sob pena de desvirtuar a conceituação do processo.

Portanto, em obediência ao princípio do contraditório, também deveria ter sido criado no projeto de Código de Processo Civil um incidente específico para a regulamentação do procedimento da fraude à execução, ou, pelo menos, determinado a aplicação subsidiária do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, até mesmo para privilegiar sua efetividade no sistema processual.

## 6.2 Da distribuição do ônus de prova nas hipóteses em que a ação esteja tramitando em local diverso do domicílio do devedor ou da localização do bem

Como mencionado alhures, o parágrafo único estabelece que compete ao terceiro adquirente comprovar a sua boa-fé, mediante a apresentação de certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem. Apresentadas as referidas certidões, restaria afastada a caracterização da fraude à execução.

Note-se que, apesar de inverter o ônus de prova em desfavor do terceiro adquirente, o legislador limita a necessidade de apresentação de certidões para apenas duas localidades, pois exigir certidões de todos os municípios do país seria um encargo muito severo e desproporcional, que inviabilizaria vários negócios jurídicos, eis que o Poder Judiciário não tem cartórios distribuidores interligados.

Diante disso, indaga-se como se daria o tratamento da distribuição do ônus de prova da fraude à execução, nas hipóteses em que a ação promovida em face do devedor, que se tornou insolvente com a alienação do bem (inciso IV, do art. 749, do PL 8046/2010), esteja tramitando em município diverso do domicílio do devedor ou da localização do bem.

Ora, tendo em vista que essa hipótese de caracterização de fraude à execução, atualmente prevista no inciso II, do art. 593, do CPC, foi retirada no anteprojeto, mas posteriormente foi reinserida no projeto aprovado no Senado, parece-nos que também deve ser mantido o entendimento de que o credor não precisa comprovar o *consilium fraudis*. No mesmo sentido, vale destacar que foram excluídas as expressões “ou prova de má-fé do terceiro adquirente”, presentes nos incisos I e II, do art. 716 do PL 166/2010.

Por outro lado, em uma interpretação *contrario sensu* do parágrafo único do art. 749 do PL 8046/2010, também é possível interpretar a questão em favor do terceiro adquirente, que comprova a sua boa-fé por meio da apresentação das certidões pertinentes, obtidas nas localidades expressamente estabelecidas na lei, afastando a caracterização de fraude à execução.

Desse modo, constata-se que a nova redação do artigo não resolveu a questão, de modo que retornamos à mesma divergência presente no entendimento da doutrina e jurisprudência, quanto à distribuição do ônus de prova na fraude à execução.

Caso a intenção do legislador fosse privilegiar esta última interpretação, poderia ter destacado expressamente no inciso IV que a prova de boa-fé do terceiro adquirente, na forma prevista no parágrafo único, afasta a configuração da fraude. Assim, ficaria claro que, nas situações em que o terceiro apresenta as certidões, o ônus de prova da fraude seria novamente redirecionado ao credor.

Mais uma vez, o legislador poderia ter aproveitado melhor a oportunidade de esclarecer, de forma sistemática e organizada, como se dá a distribuição do ônus de prova na fraude à execução.

### 6.3 Do conteúdo das certidões e do momento de sua obtenção

Uma segunda questão que também merece comentários é o conteúdo que deve conter essas certidões obtidas pelo terceiro adquirente, bem como o momento em que devem ser retiradas, para afastar a caracterização de fraude à execução, sendo certo que a lei é omissa nesses pontos.

Seria preciso que a certidão ateste que, no momento da disposição do bem, não existia nenhuma ação tramitando em face do devedor naquelas comarcas? Ou o terceiro adquirente poderia afastar a caracterização da fraude à execução, demonstrando que, pela natureza da causa ou valor envolvido, no momento da aquisição, não estaria configurado o *eventus damni*?

Para exemplificar a situação, pense na seguinte hipótese: João ajuíza ação de cobrança em face de Maria. No ano seguinte, Maria pretende alienar um de seus imóveis para José, mas, ao solicitar as certidões pertinentes, este descobre que aquela figurava no polo passivo de apenas uma única ação. Por outro lado, também descobre que Maria tem outros imóveis registrados em seu nome.

O inciso IV, do art. 749, do PLC, não deixa dúvidas ao estabelecer que a fraude à execução somente se configura se, no curso da ação, o devedor efetuar uma disposição de seu patrimônio que o reduza a insolvência.

E, no caso em comento, Maria ainda possuía outros bens para satisfazer a futura execução, de modo que a alienação é capaz de produzir todos seus efeitos, inclusive perante o credor. Assim, apesar de as certidões demonstrarem que existia uma ação em curso contra Maria no momento da alienação, João não poderá alegar que José adquiriu o imóvel em fraude à execução, pois não restou configurado o *eventus damni*.

Em outras palavras, a certidão positiva de feitos em nome do devedor não criará nenhum entrave para a alienação de seus bens, pois o terceiro adquirente poderá demonstrar que o devedor possuía patrimônio suficiente para satisfazer os débitos cobrados nas ações em curso.

Portanto, parece-nos que o parágrafo único do art. 749 do PLC, ao determinar a apresentação das certidões pertinentes, não só direcionou ao terceiro adquirente o ônus de provar a sua boa-fé, mas também permitiu que ele demonstrasse a inexistência do *eventus damni* no momento da aquisição do bem, afastando a hipótese de incidência do inciso IV.

#### 6.4 Críticas de redação

O parágrafo único, do art.749, do PL 8046/2010, apresenta algumas falhas na redação, que podem dar margem a divergências no momento de sua aplicação, gerando insegurança jurídica para as partes e para o terceiro interessado na aquisição de determinado bem do devedor.

A título de exemplo, podemos citar o emprego de expressões genéricas, imprecisões terminológicas, e adjetivos dispensáveis, que dificultam a clareza e a precisão e a lógica das disposições normativas, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº95/98, como se passa a expor.

A redação do parágrafo único se inicia com a expressão “não havendo registro”. Contudo, apenas dois incisos mencionam a existência de registro, de modo que resta a dúvida se a inversão do ônus de prova em desfavor do terceiro adquirente somente se aplica aos incisos I e III. Note-se também que o legislador se esqueceu de mencionar a averbação, conforme disposto no inciso II, o que inclusive já foi objeto de alteração específico no §4º, do art. 659, do CPC, pela Lei 11.382/06.

Segundo a técnica legislativa, os parágrafos constituem uma disposição acessória, com o objetivo de explicar, restringir ou excepcionar a disposição principal contida no *caput*, de modo que devem ser interpretados a partir desta. Assim, a princípio, parece que a intenção do legislador foi inverter o ônus de prova para todos os incisos do art. 749 do PL 8046/2010.

Entretanto, essa aplicação também não faria sentido, pois as disposições contidas nos incisos I, II e III são completamente contraditórias em relação ao parágrafo único, pois estabelecem presunções *jure et jure* de fraude à execução. Desse modo, não é possível que o parágrafo cumpra as suas funções técnicas quanto a esses incisos, devendo ser aplicado apenas para o inciso IV.

Em seguida, o legislador determina que compete ao terceiro adquirente comprovar que “cauteladas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes”.

Nesse ponto, os adjetivos “necessários” e “pertinentes” trazem complicações para a clareza da redação. Não ficou claro se as cautelas necessárias se limitam apenas às exhibições das certidões ou se seria preciso tomar mais alguma cautela. Além disso, também não há discriminação de quais seriam as referidas certidões pertinentes para afastar a presunção de má-fé.

O parágrafo único traz ainda imprecisões terminológicas ao utilizar as palavras “aquisição” e “vendedor”, pois limita as hipóteses de configuração de fraude a execuções à alienações de bens, sem mencionar a possibilidade de outras formas de oneração.

Por fim, ao exigir as certidões pertinentes do “local onde se encontra o bem”, o legislador criou mais uma imprecisão, notadamente sobre a aplicação do parágrafo único para a fraude à execuções de bens móveis.

Caso se interprete que a inversão do ônus de prova em desfavor do terceiro não se restringe às hipóteses de disposição de bens imóveis, o legislador trouxe uma grande dificuldade para o terceiro adquirente de bens móveis, pois, tendo em vista a sua natureza, podem mudar de local sem destruição de sua substância.

Portanto, parece que o legislador poderia ter aproveitado melhor a oportunidade de esclarecer de uma vez por todas a questão do ônus de prova na fraude à execução, determinando com clareza e precisão, em quais hipóteses seria admitida a sua inversão, e quais seriam as cautelas necessárias e as certidões pertinentes, privilegiando a efetividade e afastando a insegurança jurídica.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, constata-se que o grande problema em torno da fraude à execução é encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito do credor exequente e do terceiro adquirente, o que dá margens para diferentes interpretações e pontos de vista, eis que a matéria se encontra no choque entre os princípios da efetividade (realização da execução no interesse do credor), da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

Tendo em vista o conflito de princípios, coube à jurisprudência exercer um juízo de ponderação e proporcionalidade para se chegar à melhor solução, que acaba por desembocar na distribuição do ônus de prova.

O presente trabalho demonstrou qual é o entendimento predominante da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, bem como qual foi o tratamento dispensado no projeto de lei que tramitou no Senado Federal, e que atualmente se encontra pendente de aprovação na Câmara dos Deputados.

O texto do projeto de lei para o novo Código de Processo Civil certamente trará muita discussão a respeito da matéria, pois foi aprovado em um curto de período de tempo e trouxe uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, contrariando o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, ainda que prevaleça esse entendimento, a redação do art. 749 do PL 8046/2010 pode não ter sido suficiente para esclarecer de forma clara, precisa e organizada de que maneira se dá a inversão do ônus de prova na fraude à execução, esvaziando a expectativa de efetividade e trazendo ainda mais insegurança jurídica.

Pode ser que a complexidade da sociedade moderna esteja a exigir esse tipo de regulamentação, mas é certo que este tipo de transformação não pode ser realizado da noite para o dia, sem o devido estudo dos impactos sociais e econômicos que poderão provocar.

Assim, espera-se que a Câmara dos Deputados seja bastante diligente nos debates acerca da matéria, bem como no aprimoramento da redação do texto, a fim de evitar a insegurança e jurídica e privilegiar a efetividade do processo.

De toda forma, enquanto não se chega a uma solução pacífica a respeito da distribuição do ônus de prova na fraude à execução, recomenda-se sempre a adoção das providências mais cautelosas, que já se encontram pacificadas.

Em outras palavras, deve o exequente requerer a averbação das penhoras e das certidões previstas no art. 615-A do CPC, ao passo que o terceiro adquirente de boa-fé deve ser precaver, solicitando as certidões dos distribuidores de feitos, para que fique resguardado de eventual alegação de fraude à execução.

## **8 REFERÊNCIAS**

ARAGÃO, Evaristo. MEDEIROS, Maria Lúcia. A fraude de execução e o terceiro adquirente. In SHIMURA, Sérgio Seiji. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Processo de Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª ed. rev. ampl. e atual. com a reforma processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef Said. Fraude contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal. 3ª ed. rev. e atual. com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, v.II, 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. Fraude no processo civil. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 7º ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DONIZETTI, Elpídio. O novo processo de execução. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, volume 3: execução. 2 ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 9ª edição. São Paulo: Editora RT, 2006.

NETO, Luiz Antônio Ferrari. Fraude contra credores VS. Fraude à execução e a polêmica trazida pela súmula 375 do STJ. RePro, São Paulo: RT, v.195, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assupção. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Alan Helber. VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Processo Civil, 2: Processo de Execução. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. vol. 3, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SALAMACHA, José Eli. Fraude à execução – Proteção do credor e do adquirente de boa-fé. In SANTOS, Ernane Fidélis [et al] (coord.) Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo de execução. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual Civil Procedimentos Especiais. Vol. 3, 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. Vol. 3, 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.