

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 956.943 - PR (2007/0124251-8)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : CARLOS OSCAR PREMAZZI E OUTROS
ADVOGADO : JULIO CESAR BROTTTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : JÚLIO CESAR DA SILVA
ADVOGADO : LUIZ CARLOS COELHO DA CUNHA

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Peço vênia à ilustre relatora para dela divergir pelas mais variadas razões.

A primeira diz respeito à preocupação que já externei em diversas oportunidades e que tem a ver com a segurança jurídica que as decisões desta Corte devem representar para a sociedade. Os movimentos pendulares da nossa jurisprudência, ora caminhando num sentido, ora mudando radicalmente para outra direção, não são recomendáveis. Se queremos que nossos julgados sejam referência para a comunidade jurídica e sirvam verdadeiramente à sua função de uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, é mister que deixem de oscilar a cada julgamento que realizamos. Aliás, embora não fosse necessário, consta do projeto do novo Código de Processo Civil princípio que deverá ser referência para situações desse jaez, no sentido de que os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência.

Obviamente que não defendo a petrificação da jurisprudência. A evolução é sempre salutar.

No caso em julgamento, porém, vejo que a matéria é abrangida pela Súmula n. 375 deste Tribunal, enunciado que foi aprovado pela Corte Especial há menos de cinco anos, e, de lá para cá, nenhum fato novo ocorreu que me levasse a considerar a necessidade de alteração daquele posicionamento. Referida súmula tem como precedentes julgados ocorridos entre 1991 e 2008, ou seja, demoramos quase vinte anos para consolidar o entendimento da Corte e, sem que tivesse ocorrido alteração legislativa ou outro fato relevante, repita-se, pretende-se a sua alteração. Não me parece razoável fazê-lo, até porque sua aplicação, com a redação atual, tem-se mostrado adequada à resolução das questões que são trazidas a julgamento.

Feita essa breve introdução, passo a analisar a matéria, iniciando pelo aspecto referente ao momento caracterizador da fraude de execução.

Não obstante a robusta argumentação desenvolvida pela relatora, com base inclusive

Superior Tribunal de Justiça

em lições de Yussef Said Cahali, entendo que deve prevalecer a posição majoritariamente adotada por este Tribunal ao longo do tempo, a exigir a citação válida como pressuposto para a caracterização da fraude. Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO DE BEM ANTES DA CITAÇÃO VÁLIDA DO EXECUTADO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA. AGRAVO IMPROVIDO.

- A alienação ou oneração de bens, antes da citação válida, não configura fraude de execução.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp n. 316.905/SP, relator. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 18.12.2008.)

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO. PROPOSITURA DA AÇÃO E LITISPENDÊNCIA.

I - Para a configuração da fraude de execução, não basta a propositura da ação, nos termos do art. 263 do CPC. É preciso mais, ou seja, a litispendência, que só ocorre com a citação (CPC, art. 219).

II - Embargos declaratórios conhecidos, mas rejeitados."

(EDcl no REsp n. 31.321/SP, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, DJ de 9.6.1997.)

"Fraude de execução. Precedentes da Corte.

1. É monótona a jurisprudência da Corte no sentido de que a fraude de execução não se configura sem a citação válida, insuficiente para tanto o simples ajuizamento da demanda.

2. Recurso especial conhecido e provido."

(REsp n. 418.109/SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 2.9.2002.)

Na doutrina, NELSON NERY JÚNIOR ("Comentários ao Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.042) assevera:

"Corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência". Essa é a locução da lei que precisa ser analisada. Correr demanda significa *pender* demanda. Embora o sistema do CPC considere *proposta* a ação assim que distribuída ou despachada a petição inicial (CPC 263), somente se poderá dizer que a ação corre, isto é, que está pendente, depois que se efetivar a citação válida (art. 219). Assim, se o ato de oneração ou alienação se dá depois da propositura da ação, mas antes da citação, terá havido fraude contra credores, somente declarável por meio de ação pauliana; se o ato de oneração se deu depois da citação válida, terá havido fraude de

Superior Tribunal de Justiça

execução, que pode ser reconhecida na execução ou nos embargos, de devedor ou terceiro. Com a citação válida, presume-se celebrada em fraude de execução qualquer ato ou negócio jurídico que o devedor venha a praticar com terceiro, quando o ato for causa eficiente para o devedor tornar-se insolvente."

Quanto ao ônus da prova da intenção do terceiro adquirente, não me parece 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.

Ensina Humberto Theodoro Júnior ("Processo de Execução e Cumprimento da Sentença", 26ª ed., São Paulo, LEUD, 2009, p. 173-174):

"A dificuldade, porém, sempre se situou no tratamento a ser dispensado ao terceiro que negocia com o litigante fraudador da execução. Para este não há como qualificar de boa-fé sua conduta, pois não tem o devedor como ignorar o prejuízo acarretado à ação pendente. Já para o terceiro, é perfeitamente possível admitir que tenha adquirido o bem alienado pelo litigante, ignorando a existência do processo e do prejuízo que este veio a sofrer. Vale dizer: é possível que tenha agido de boa-fé, e à ordem jurídica não apraz desprezar a boa-fé, em linha de princípio [sem destaque no original].

Para obviar as alegações da espécie, a Lei de Registros Públicos, desde longa data, franqueou ao credor inscrever as ações reais imobiliárias e as penhoras no Registro de Imóveis, proporcionando-lhes assim uma eficácia *erga omnes* (Lei n. 6015/73, art. 167, I, n.ºs 5 e 21).

Nem sempre, no entanto, os interessados se mostram diligentes e o resultado é que os atos judiciais permanecem fora do controle e divulgação do Registro Público. Diante dessa realidade, assentou-se na doutrina e jurisprudência, após a Lei n. 8.953/94, como entendimento predominante, o seguinte:

a) Nem sempre a venda do bem litigioso configurará fraude de execução. Se a ação estiver inscrita no Registro Público, o ato de disposição será fatalmente ineficaz (CPC, arts. 42 e 593, I). Inexistindo o assento registral, a fraude somente será reconhecida se o credor provar a má-fé do terceiro adquirente (STF, 1ª Turma, AI n. 96.838-AgRg, Rel. Min. ALFREDO BUZAID, ac. 20.3.84, RTJ, 111/690).

b) Se a fraude consiste em imputar insolvência à parte que, no processo de conhecimento, ou no processo de execução, alienou bens ainda não sujeitos à penhora (CPC, art. 593, II), o reconhecimento da ineficácia do ato de disposição dependerá, na falta de registro, da prova de que 'o terceiro tinha ciência da demanda em curso' (STJ, 4ª Turma, REsp 4.132-RS, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, ac. 2.10.90, RSTJ 26/346), além da prova do estado de insolvência, a que foi conduzido o credor, em virtude da alienação (STJ, 4ª Turma, REsp 20.778/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, ac. 26.9.94, DJU 31.10.94, p. 29.500).

c) Se a fraude refere-se à alienação do bem constrito (penhora, arresto,

sequestro), sua configuração independe da insolvência do alienante (STJ, 3ª Turma, REsp 4.198-MG, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, ac. 27.1.90, DJU, 4.2.91, p. 574). Mas, 'não havendo registro da penhora, não há falar em fraude à execução, salvo se aquele que alegar a fraude provar que o terceiro adquiriu o imóvel sabendo que estava penhorado (STJ, 3ª Turma, REsp 113.666-DF, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, ac. 13.5.97, DJU 30.6.97, p. 31.031). Em outros termos: 'A penhora de bem imóvel, antes de registrada (Lei n. 6.015/73, arts. 167, I, n. 5, 169 e 240), vale e é eficaz perante o executado, mas só é eficaz perante terceiros, provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial (STJ, 4ª Turma, REsp 9.789, Rel. Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ac. 9.6.92, RT, 691/190). Somente com o registro da penhora se tem a presunção de fraude contra o terceiro adquirente (STJ, 4ª Turma, Ag. 4.602-PR-AgRg, Rel. Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ac. 4.3.91, DJU 1.4.91, p. 3.423)."

O ministro Cesar Asfor Rocha, ao relatar o REsp n. 113.871/DF, analisou, com profundidade, a matéria e concluiu, *in verbis*:

"[...] A segunda questão que se coloca é saber se no cartório imobiliário consta algum registro dando conta da existência da ação.

Em caso afirmativo, há a presunção 'juris et de jure' de que o adquirente sabia da pendência da ação.

Na hipótese contrária, milita em favor do adquirente a presunção de que ele desconhecia, quando da aquisição, a existência da ação, razão pela qual deve o exequire arrostar com o ônus de provar o contrário

É que não havendo, no cartório imobiliário, nenhum registro da existência da ação, não se pode imputar ao adquirente nenhuma obrigação de ter ciência desse fato, sendo até impossível disso com segurança ele saber (salvo se obtivesse certidões negativas de todos os cartórios de distribuição por esse Brasil afora), por isso mesmo que não lhe cabe provar a sua ignorância quanto a tanto, pois a sua boa-fé, que é presumida, há de ser preservada, até prova em contrário.

Não estou dizendo aqui que a má-fé do comprador seja elemento indispensável para a caracterização da fraude à execução. Apenas estou afirmando que, não tendo o registro imobiliário recebido a notícia da existência da ação, a presunção de licitude da alienação milita em favor do comprador. Entendimento contrário geraria intranquilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico, e atingiria a mais não poder a confiabilidade nos registros públicos [sem destaque no original]."

Ganha maior relevância a discussão quando se sabe que, em grande parte dos casos que são submetidos ao Judiciário – se não na maioria –, a alienação do bem ao adquirente não se fez diretamente pelo executado, mas por terceiro que dele o adquirira. Nessas alienações sucessivas, ainda que o adquirente diligenciasse no sentido de obter certidões que pudessem indicar a existência de ação pendente, isso ocorreria não em relação ao executado, mas em relação ao terceiro que adquirira o bem do executado, por óbvio, sob pena de se tornar de tal maneira burocrática e custosa a operação de compra e venda que seriam inviáveis as transações de bens imóveis e de outros de maior valor.

Superior Tribunal de Justiça

O Ministro Eduardo Ribeiro, ao relatar os EREsp n. 114.415/MG (DJ de 16.2.1998), já alertava:

"Efetivamente, é exigir o inexigível, supor como razoável o que nunca acontece, entender-se deva alguém, que vá adquirir um bem, além de levantar a cadeia dominial, averiguar se pendente processo, interessando a algum dos anteriores proprietários. Havendo, deverá pesquisar quanto à solvência. Que isso se faça quanto àquele com quem se negocia, admita-se como de se esperar. Estender a pesquisa por uma cadeia às vezes longa significa a paralisia na vida dos negócios. Em verdade, é sabido que ninguém assim procede e a consequência é simplesmente fazer com que alguém que agiu na mais absoluta boa-fé termine por pagar a dívida de outrem, com quem não teve qualquer contato."

Quanto à proposta de se considerar a presunção relativa de má-fé do adquirente, em caso de penhora não registrada, atribuindo-lhe o ônus de provar sua boa-fé, tal alternativa acabaria por tornar letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC. De que valeria essa norma? O registro não é elemento indispensável à constituição da penhora, conforme já se assentou na doutrina e na jurisprudência. Se é também dispensável para comprovação da ciência de terceiro quanto ao ônus processual, que, na sua ausência, terá de fazer prova de que não sabia da existência do gravame, qual a razão da norma? Qual credor vai arcar com o ônus financeiro do registro se caberá ao terceiro fazer a prova negativa de sua ciência em relação à existência do gravame?

Na verdade, a lei tratou de dar plenas garantias ao credor diligente, assegurando-lhe presunção absoluta de conhecimento, por terceiros, da existência de ação em curso mediante a inscrição da penhora no registro público. No entanto, se não se houver com cautela, registrando o gravame, não pode ser beneficiado com a inversão do ônus da prova. Nesse caso, terá ele de provar que o adquirente tinha conhecimento da constrição. Essa, aliás, a doutrina de Amílcar de Castro, em escólio ao art. 593 do Código de Processo Civil, conforme se extrai do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no REsp n. 214.990/SP, DJ de 11.10.1999:

"A inscrição, no sistema do nosso direito, tem duas finalidades: é modo de adquirir direitos reais, e é forma de publicidade. Evidentemente, a inscrição de que se está tratando não tem o efeito de transferir direitos reais, e, sim, apenas o de publicidade, isto é, para publicar a terceiros que alguém está demandando a respeito de certos bens, ou que estes foram provisoriamente tirados do patrimônio do devedor como garantia de alguém, porque do executado foi expropriada a faculdade de disposição, faculdade esta que, temporariamente, pode ser exercida pelo Estado. O fato, porém, de não ter sido registrado ou inscrita, a penhora, ou o arresto, ou o sequestro, ou a citação, não impede a alegação de fraude contra a execução, e, sim,

Superior Tribunal de Justiça

somente tem a significação de ficar o exequente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento, ou de que sobre os bens estava sendo movido litígio fundado em direito real, ou de que pendia contra a alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência. Feita a inscrição, as alienações posteriores peremptoriamente presumem-se feitas em fraude de execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita a inscrição, o exequente deve provar as condições legais de existência de fraude à execução. Vale dizer: a inscrição só tem efeito de publicidade, e, vale como prova presumida, irrefragável, de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros."

O mesmo raciocínio se aplica quando se tem presente a regra estabelecida no art. 615-A do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.382, de 6.12.2006 – "*o exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto*" –, complementada pelo seu § 3º, que, peremptoriamente, afirma presumir-se fraude de execução a alienação ou oneração de bens efetuada após dita averbação.

Ora, se a lei proporciona ao credor todos os meios para que ele prossiga com segurança na execução e ele se mostra desidioso, não se utilizando daqueles meios, não pode ser beneficiado com a inversão do ônus da prova.

Não me parece correta, ademais, a percepção da ilustre relatora de que, pela teoria da carga dinâmica da prova, ou distribuição dinâmica do ônus da prova, se pudesse concluir, genericamente, pela atribuição de tal ônus ao adquirente porque seria para ele mais fácil demonstrar a inexistência dos elementos ensejadores da fraude de execução.

É que, quanto à insolvência do executado, doutrina e jurisprudência têm entendido que a simples certidão do oficial de justiça afirmando a inexistência de bens penhoráveis na execução é suficiente para presumir-se a insolvência. Essa prova, certamente, está muito mais próxima do credor do que do terceiro adquirente. Por outro lado, se é certo que o adquirente poderá obter certidões sobre a distribuição de ações contra o executado alienante, certo é também que essas mesmas certidões estão ao alcance do credor, que, mediante requerimento ao cartório onde lavrada a escritura de aquisição do bem, ou por meio de ordem judicial, poderá ter acesso a elas. Não vejo razão para alterar a jurisprudência da Casa relativa ao ponto, por não enxergar obstáculo de tão grande monta que possa prejudicar o credor na sua demonstração de ausência de boa-fé do adquirente.

Superior Tribunal de Justiça

Ao contrário, a mudança do rumo da jurisprudência neste momento, às vésperas da introdução do novo diploma processual em nosso ordenamento jurídico, que certamente provocará profundas alterações no entendimento sobre essa e outras matérias, não é recomendável, mormente quando, repito, a atual posição do Superior Tribunal de Justiça tem sido adequada e suficiente para a resolução dos conflitos da espécie que são submetidos à apreciação do Judiciário.

Pelo exposto, e pedindo vênias mais uma vez à relatora, divirjo do seu voto na parte que trata da matéria para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Quanto ao caso concreto, verifica-se que, em ação de indenização proposta por Júlio César da Silva contra Paulo Caseca – Construções e Incorporações Ltda. na comarca de Curitiba – PR, foi feita a penhora de imóvel localizado na cidade de Camboriú – SC após decisão do juiz que preside o feito no sentido de reconhecer que a alienação daquele bem se dera em fraude de execução e de declarar a ineficácia de tal alienação. Carlos Oscar Premazzi e sua mulher e Honorato Salvati ajuizaram então embargos de terceiro contra o credor, Júlio César da Silva, sob o fundamento de que o imóvel sobre o qual incidiu a penhora foi integralmente alienado por Paulo Caseca – Construções e Incorporações Ltda. aos dois primeiros embargantes em 1995, e 50% daquele bem foi por eles transmitido ao outro embargante em 2002, em época anterior, portanto, ao registro da constrição, que só ocorreu em 2003.

Tanto o magistrado de primeiro grau quanto a Turma julgadora do recurso de apelação do Tribunal estadual adotaram o entendimento, consubstanciado na ementa do acórdão, de que, "para a configuração da fraude à execução, o artigo 593, II, do CPC exige que exista demanda em curso à época da alienação, seja: cognitiva, cautelar ou executiva, independentemente do comprador ter conhecimento da demanda em curso, porque na fraude à execução há inequívoco interesse público, sendo presumida a má-fé".

Observo que, embora tenham os recorrentes protestado pela produção de provas, justificando-as como necessárias para comprovar sua boa-fé, ocorreu o julgamento antecipado da lide exatamente porque, conforme dito, o entendimento adotado pelo magistrado primeiro – e corroborado pelo Tribunal – foi no sentido de que, na fraude de execução, torna-se desimportante a análise da intenção do terceiro adquirente, bem como do fato de ter ele ciência

Superior Tribunal de Justiça

ou não da existência de ação que possa levar o alienante à insolvência. O julgamento se deu, então, a meu juízo, a respeito de questão eminentemente de direito, sobre tese jurídica, não sofrendo nenhuma influência dos fatos da causa.

Especificamente quanto ao ponto, os recorrentes aduzem a ocorrência de cerceamento de defesa e consequente violação dos arts. 330, I, e 332 do CPC.

Arguem ainda violação dos arts. 593, II, e 659, § 4º, do CPC.

Também no que diz respeito ao caso concreto, peço vênia para divergir da eminente relatora e dar provimento ao recurso.

É que, ao contrário do que foi definido no acórdão hostilizado, no caso de fraude de execução, há, sim, de se perquirir a respeito do elemento subjetivo atinente à ciência do adquirente sobre a existência da demanda em curso.

A propósito, eis o que relembra Humberto Theodoro Júnior ("Curso de Direito Processual Civil", vol. II, 46ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 196), ao referir-se à hipótese do art. 593, II, do CPC:

"Destarte, a posição dominante na jurisprudência pode ser assim resumida:

a) Se o terceiro adquire bem judicialmente constrito por meio de penhora ou outro gravame processual equivalente, o ato aquisitivo, em princípio, 'é ineficaz, sendo desnecessário demonstrar insolvência do executado'.

b) Quando ainda não se consumou a constrição judicial sobre o bem, isto é, enquanto não existir penhora, arresto ou sequestro, a fraude, nos termos do art. 593, II, dependerá de prova do requisito objetivo: dano ou prejuízo decorrente da insolvência a que chegou o devedor com a alienação ou oneração de seus bens; e, também, do requisito subjetivo, se a ação pendente não estiver inscrita no registro público, caso em que caberá ao credor 'o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso' [sem destaque no original].

c) Mesmo quando já exista a constrição judicial, sem entretanto ter sido levada ao registro público, para configuração de fraude de execução cumprirá ao credor 'demonstrar que dela os adquirentes-embargantes tinham ciência, máxime quando a alienação a estes tenha sido realizada por terceiro que não o executado'.

d) Nos termos da legislação atual, 'somente após o registro, a penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior (Lei nº 6.015, art. 240)."

Vê-se, pois, que a jurisprudência dominante, nas palavras do mestre Humberto Theodoro, inclinou-se no sentido de se exigir daquele que alega a fraude a comprovação de tal

Superior Tribunal de Justiça

fato.

No caso concreto, porém, foram os próprios adquirentes quem pleitearam a oportunidade de provar sua boa-fé no decorrer da instrução processual, sendo, contudo, obstados pelo julgamento precoce da demanda ao argumento de que, na hipótese dos autos, a ciência sobre a existência da demanda era irrelevante.

Registro, ademais, que, ainda que fosse caso de acompanhar o entendimento da eminente relatora, os fatos comprovadamente presentes nos autos dão conta de que o imóvel adquirido pelos recorrentes situa-se em Santa Catarina, mesmo Estado em que tem sede a empresa alienante, enquanto o processo de execução em que houve o reconhecimento da fraude tramita no Paraná.

Por tais razões, pedindo vênias, mais uma vez, à eminente relatora, discordo de seu voto tanto para efeitos externos quanto para o caso concreto e **dou provimento ao recurso especial a fim de anular o acórdão recorrido bem como a sentença monocrática e determinar a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes, prosseguindo-se, após, como se entender de direito.**

É como voto.