

Como não é vinculante, a modificação da Súmula 375 do STJ é mais simples

07/07/2009

Certamente a crítica que teceremos à recente súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça pareça mais familiar àqueles que já figuraram como requerentes em processo de cunho condenatório, ou que já acompanharam a verdadeira *via crucis* que passam os autores – obviamente aqueles que se sagraram vencedores na lide – até a sentença definitiva, quando, finalmente, poderão adentrar aos atos necessários à satisfação do seu direito há tanto vilipendiado.

Atualmente passamos pelo que costumamos denominar de “Síndrome de Ineficácia do Judiciário”, que ocorre justamente quando, após passar por longos anos de disputa judicial, o autor, munido de uma sentença definitiva apta a ser executada, vislumbra que o seu oponente já não possui em seu poder quaisquer dos bens que declarava no início da lide, aptos a quitar o seu débito.

Justamente para se evitar tais inconvenientes – utilizamos de eufemismo –, o legislador, ainda a tempo, aprovou as recentes leis de alteração do processo de execução (Leis nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e 11.382, de 6 de dezembro de 2006), fruto de uma onda reformista do excelente, mas infelizmente ultrapassado em alguns pontos, Código de Processo Civil.

Ao, *v.g.*, extinguir a execução de título executivo judicial e afastar, em regra, o efeito suspensivo dos embargos à execução de título executivo extrajudicial, buscou-se prover o processo de execução de maior celeridade e eficácia.

Diante desse espírito que permeia a mente dos nossos juristas e legisladores, causou-nos surpresa – mais um eufemismo – a edição da Súmula 375 pelo pleno do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 30 de março de 2009:

"O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

Há tempos é sabido que a nossa mais alta corte criada para dirimir conflitos ligados ao direito infraconstitucional adota uma postura conservadora no tocante à fraude de execução.

Inicialmente, exigia-se a alienação posterior à citação do devedor, em qualquer demanda capaz de ocasionar a sua insolvência, para a configuração do ato de fraude, como bem aponta o seguinte aresto:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM ANTES DA CITAÇÃO VÁLIDA. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO-CONFIGURADA.

1. A jurisprudência do STJ consolidada anteriormente à vigência da LC n. 118/05 é no sentido de que a alienação do bem em data anterior à citação válida do devedor em execução fiscal não

configura, por si só, fraude à execução, relativizando-se dessarte a regra do art. 185 do CTN.

2. Na espécie, verifica-se que a alienação do bem se deu em 22.3.1999, isto é, antes da citação válida do sócio, que se deu em 24.5.1999. Portanto, aplicável o entendimento adotado por esta Corte antes do advento da LC 118/05.

3. Agravo regimental não-provido. (AgRg no REsp 844.814/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009).

Compreendemos que atualmente vivemos em uma era de *ativismo judicial*, assim definido pelo ilustre jurista Luís Roberto Barroso, em artigo denominado Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática:

“... o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Uma postura mais ativa do Judiciário é salutar, mormente diante da intensa mora do Legislativo.

Porém, no tocante ao entendimento quanto à fraude à execução, entendemos que a postura adotada pelo STJ sempre foi *contra legem*, até porque neste caso o legislador assim dispôs expressamente:

“Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

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

III – nos demais casos expressos em lei” (destacamos).

Da leitura do supra citado artigo, tem-se que os únicos requisitos para a configuração da fraude à execução são: a alienação pelo devedor de bens, sem ressaltar outros suficientes a garantir seu atual ou futuro débito, após o ajuizamento de demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, na forma do artigo 263, 1ª parte, do CPC (“Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara”).

Não obstante nosso entendimento, acreditamos palatável o argumento daqueles que, como o professor Arruda Alvim (Manual de Direito Processual Civil, vol. 1, 7ª edição, revista, atualizada e ampliada, editora RT, 2000, pgs. 510/511), interpretando o artigo 263 do CPC em sua integralidade, entendem que os efeitos do processo, em relação ao réu, só ocorrem após a citação:

“Entretanto, no art. 263 considera-se proposta a ação ‘tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219, depois que for validamente citado’, em face do disposto no art. 263, 2ª frase.

À primeira vista, se a lei considera proposta a ação desde o despacho da petição inicial, parece que teria adotado posição de que a relação jurídica processual ou o processo só se estabeleceria entre o autor e o juiz. Mas não é assim. Antes da citação, pelos próprios termos do art. 263, não há coisa litigiosa e, se esta não existe, não há processo em relação ao réu, nem se operam os outros efeitos, quanto ao réu, elencados no art. 219”.

Temerária já nos afigura tal interpretação, pois esta abre a possibilidade – corrente em nossa prática forense – de o réu envidar todos os seus esforços para não ser citado, enquanto dilapida seu patrimônio.

Porém, como destaca o eminente magistrado Francisco Antonio Casconi (artigo denominado Fraude de execução, publicado no site www.professoramorim.com.br):

“No entanto, não é rigorosamente indispensável a citação. Se o devedor inequivocamente tinha ciência da ação proposta, então, ainda que não citado, o ato de alienação ou oneração realizado após o ajuizamento é inquinado como fraudulento. Atos de alienação envolvem toda transferência de bens seja a título oneroso ou gratuito, alcançando a citada norma os processos simulados”.

Tal solução é intermediária, mas ainda insatisfatória, pois nos parece inglória a tarefa do autor demonstrar que, apesar de não citado, o réu tinha pleno conhecimento do ajuizamento da demanda.

Mas, fiquemos com este registro por enquanto.

Recentemente, contudo, o STJ editou a súmula *supra* transcrita, sedimentando uma postura que já vinha adotando em alguns julgados.

Na primeira parte da súmula está expresso:

“O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ...”.

Sabido que a penhora é ato exclusivo do processo de execução. Assim, se pensarmos em um processo de conhecimento de cunho condenatório – que é a hipótese analisada neste estudo –, somente após o trânsito em julgado da decisão de mérito – que pode ser obtida após longos anos de batalhas judiciais –, e, pior, após o registro da penhora de eventuais bens do devedor, poder-se-á requerer a declaração de ineficácia de um ato de alienação.

Há tempos grassava a jurisprudência de que bastava a alienação de bem pelo devedor após a citação em qualquer demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, para a configuração da fraude à execução.



Neste sentido, o seguinte aresto colacionado por Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 39ª edição, editora Saraiva, p. 793):

“Fraude de execução. Indispensabilidade de que tenha havido a citação. Não necessariamente, entretanto, para o processo de conhecimento, de que possa resultar condenação” (STJ-3ª T., REsp 74.222-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.5.96, não conheceram, v.u., DJU 10.6.96, p. 20.323).

Mas, ao editar a referida súmula, basicamente o STJ determinou que somente após a penhora, isto é, só quando em fase de cumprimento de sentença, poder-se-á configurar a fraude de execução.

Aqui, *data venia*, parece-nos haver um equívoco, razão pela qual se faz necessário um breve esclarecimento.

Não se olvida que a fraude de execução só possa ser declarada na fase de cumprimento do julgado, pois é nela em que o credor buscará a satisfação do seu crédito de forma coercitiva. Contudo, a ocorrência da fraude, de acordo com a dicção do artigo 593, II, do CPC, não ocorre na fase ora denominada “executiva” (atualmente denominada de cumprimento de sentença), mas, antes, na de conhecimento, quando o devedor, ciente de que poderá ser ao final condenado, dilapida seu patrimônio, visando prejudicar seu oponente, o credor.

Ademais, esperar-se até a fase de cumprimento de sentença, para só então se apurar, após o registro da penhora, eventual fraude, parece-nos ser depositar um voto de confiança no devedor, em detrimento do credor, que há anos buscava a satisfação de um direito que lhe estava assegurado.

A fé nos valores mais nobres é algo que devemos sempre carregar. Entretanto, infelizmente são incontáveis os casos de jurisdicionados que, vencidos em uma ação, ao invés de cumprirem escorreitamente o julgado, utilizam-se de todos os subterfúgios para se esquivar da sua obrigação; e, dentre as manobras utilizadas está exatamente a de alienar todos os seus bens eventualmente penhoráveis.

Mas, a súmula 375 aponta uma opção ao credor, quando dispõe:

“[O reconhecimento da fraude de execução depende] ... ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Neste ponto, s.m.j., observa-se uma imprecisão.

No tocante ao ônus da prova no processo civil, várias são as teorias adotadas. Hoje, porém, tem ganhado força a *Teoria da Carga Probatória Dinâmica*, proveniente do direito argentino, que está baseada:

“... no fato de que, tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova a seu alcance” (Aguiar Junior, Ruy Rosado de. A Responsabilidade Civil do Médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 713, p. 33-53, 1995, p. 39).

Assim, por esta teoria, o juiz poderia transferir a uma das partes que possua mais capacidade técnica, o ônus de provar determinado fato.

No caso da fraude à execução, porém, nitidamente o devedor ou o terceiro adquirente têm as melhores condições de comprovar que não agiram de má-fé. Quanto ao devedor, como já salientamos, basta não ter havido a citação. Já o terceiro adquirente deve provar que solicitou todas as certidões de praxe em nome do alienante (devedor), e que em nenhuma delas havia anotação de demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

A obtenção das certidões, inclusive a dos distribuidores cíveis, é obrigatória, por força do que dispõe o parágrafo 2º do artigo 1º da Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985:

“Art 1º. Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.

...

§ 2º. O Tabelião consignará no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais, feitos ajuizados, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição” (destacamos).

Deste modo, parece-nos que não subsiste inverter o ônus da prova – diabólica, destaquemos – da má-fé do terceiro adquirente do credor.

Outro aspecto que nos salta aos olhos na segunda parte da súmula, é que nos parece que os ilustres ministros do STJ extinguiram, em poucas linhas, a principal diferença entre a fraude à execução e a fraude contra credores: a exigência para a configuração desta, do *consilium fraudis*, isto é, o conluio entre alienante (devedor) e adquirente para prejudicar terceiros, o que é dispensado para a existência daquela.

Assim, de acordo com o enunciado da súmula 375 do STJ, caberá ao credor, para obter a declaração de fraude à execução, comprovar o *consilium fraudis* entre o devedor e o adquirente do bem a ser penhorado.

Isso nos afigura também insubsistente, até porque a fraude à execução merece um tratamento mais rigoroso, ante o fato de ser ato atentatório a dignidade da Justiça (artigo 600, I, do CPC).

Por tudo quanto expusemos, acreditamos acertada e definitiva a lição do professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 3, 2ª edição, editora Saraiva, pgs. 96/97):

“Na fraude à execução não é preciso demonstrar a má-fé do adquirente, que é presumida, diversamente da fraude contra credores. Todo aquele que adquire bens de valor deve exigir que o vendedor apresente certidão negativa dos distribuidores, para demonstrar que a alienação não é fraudulenta. Quem não o faz assume o risco de adquirir os bens do devedor, enquanto pende ação fundada em direito real sobre eles ou capaz de reduzi-lo à insolvência, o que ensejará a ineficácia do negócio em face do credor. A presunção de má-fé do adquirente não pode ser absoluta, pois é possível que ele demonstre que não tinha conhecimento da existência



de ação contra o alienante. Pode, por exemplo, demonstra que a certidão do distribuidor que requereu, ao adquirir o bem, não indicava a existência da demanda contra o devedor, caso em que o seu direito à coisa deverá ser preservado. Porém é dele o ônus de provar a boa-fé”.

Particularmente, somos adeptos da Súmula Vinculante, como forma de atingir a tão propalada pacificação social, e mais celeramente.

Contudo, até mesmo a Súmula Vinculante não é estática, havendo possibilidade de modificação do seu enunciado, conforme os legitimados observem a sua inadequação.

A súmula 375 do STJ não é vinculante, sendo, portanto, a princípio, mais simples a sua modificação. E, esperamos que possamos contar com a astúcia dos nossos advogados e da posição firme dos nossos tribunais de segunda instância para alterarmos o seu enunciado, adaptando-o a nossa realidade.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2009-jul-07/nao-vinculante-modificacao-sumula-375-stj-simples/>