

## A PROTEÇÃO DA BOA-FÉ NA FRAUDE À EXECUÇÃO: do Código de Processo Civil de 1973 ao de 2015

Por Roberto Santos Silveiro

Poucos institutos jurídicos sofreram tão profundas transformações ao longo dos últimos anos como o da fraude à execução. Com efeito, do Código de Processo Civil de 1973 ao de 2015, observa-se alterações sensíveis no trato da matéria, as quais impactam diretamente a posição do credor, a posição do terceiro adquirente de imóveis, bem como o mercado imobiliário em geral. O presente trabalho tem como escopo precipuamente analisar a fraude à execução no seu espectro imobiliário.

A fraude à execução é instituto peculiar no Direito Brasileiro, não encontrado em nenhum outro ordenamento<sup>1</sup>. Por frustrar a atividade executiva é combatida com contundência pelo legislador, que considera a alienação/ oneração do bem para terceiro ineficaz para execução, sem necessidade de ação própria para desconstituir o ato fraudulento<sup>2</sup>.

O ponto mais sensível no que tange à matéria é a contraposição de interesses legítimos entre credor e terceiro adquirente. De um lado o credor, que visa por meio de uma ação judicial (seja em fase de conhecimento, seja em fase de execução) a satisfação do seu direito, cuja garantia geral é justamente o patrimônio do devedor. De outro lado, o terceiro adquirente de imóvel, que, na pendência da ação contra o devedor, adquire o bem de boa-fé. A quem o direito deve proteger nestes casos? Ao se proteger o credor e inquinar a transmissão do bem em fraude à execução, entendendo-se como ineficaz a alienação, estar-se-á frustrando o terceiro, que adquiriu o bem. De outro modo, ao se privilegiar o direito do terceiro adquirente, entendendo-se como eficaz a alienação, estar-se-á, por consequência, frustrando o direito do credor.

Em quais casos prevalece o direito do credor, e em quais casos prevalece o direito do terceiro adquirente? Esta é a pergunta chave do instituto da fraude à execução. Afinal, ninguém duvida que o devedor que aliena seu patrimônio para frustrar a execução pratica ato atentatório à dignidade da justiça, não sendo merecedor de maior salvaguarda jurídica.

<sup>1</sup>DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo J.C.; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Execução*. Tomo 5, p. 309.

<sup>2</sup>THEODORO Jr. Humberto *apud* DIDIER JR., Fredie *et al.*, *ibidem*.

### 3 A PROTEÇÃO DA BOA-FÉ NA FRAUDE À EXECUÇÃO: do Código de Processo Civil de 1973 ao de 2015

De acordo com o art. 593 do Código de Processo Civil de 1973, considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens: I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real; e II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

A literalidade do comando legal do Código de 1973, portanto, indica que, para a configuração da fraude à execução, impõe-se a verificação exclusivamente de requisitos objetivos. No caso do inciso primeiro, a mera alienação de bem imóvel sobre o qual pende ação fundada em direito real leva à configuração de fraude à execução (independentemente da demonstração de insolvência). Por sua vez, no caso do inciso segundo, para a configuração da fraude à execução faz-se necessário que a alienação/oneração do patrimônio, na pendência do processo, seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, frustrando – em face da alienação/oneração - a demanda movida pelo credor (*eventus damni*).

Não obstante a disposição legal do Código de Processo Civil vigente aponte para a análise tão-somente de requisitos objetivos, a doutrina e a jurisprudência majoritárias, atentas ao conceito de fraude e sobretudo ao direito do terceiro adquirente de boa-fé, alteraram drasticamente a forma de encarar o instituto da fraude à execução. Já faz alguns anos que aos requisitos objetivos expressamente consignados no Código de Processo Civil, se agregou o elemento subjetivo, qual seja, a necessidade da ciência da fraude pelo terceiro adquirente. Conceitualmente, esta, sem dúvida, foi a grande reviravolta do instituto da fraude à execução.

Assim, mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina majoritária passou a entender que é preciso proteger a boa-fé objetiva do terceiro adquirente. Nesta linha, o terceiro adquirente de imóvel que age com diligência não deve ter a sua aquisição maculada pela ineficácia. Daí, aliás, que se construiu a jurisprudência que redundou no enunciado nº 375 da Súmula 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*".

Prestigiou-se, neste sentido, o princípio universal da boa-fé. Trata-se de um velho brocado jurídico: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

Neste sentido, não tendo sido feita a publicidade da penhora (ou da pendência da execução) cabe ao exequente demonstrar a "má-fé" do terceiro adquirente, que se caracteriza pela prova da ciência pelo terceiro (i) da pendência do processo que se discuta a coisa alienada artigo (art. 593, inciso I); (ii) da pendência do processo que possa conduzir o executado à insolvência (art. 593, inciso II) ou (iii) da penhora.

Muito embora o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça tenha representado um grande avanço no tratamento da matéria, minimizando a insegurança das operações imobiliárias, a verdade é que, na prática, o entendimento sumulado não resolveu, por completo, a questão mais crucial: quais são as cautelas objetivas que devem ser tomadas pelo credor e pelo terceiro adquirente de imóvel para proteger os seus respectivos direitos? Ou por outra: o adquirente de imóvel está obrigado a tirar certidões forenses em nome do vendedor antes de adquirir um imóvel?

Com a promulgação da Lei nº 13.097, de 19 de Janeiro de 2015 (já em vigor) e especialmente do Código de Processo Civil de 2015 – Lei nº 13.105 (com vigência a partir de 16 de Março de 2016), o legislador indicou o caminho de solução para estas questões.

A Lei nº 13.097/2015, em seu art. 54, dispõe que os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei;

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Referido artigo, em seu parágrafo único, concluiu que não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Prestigia-se com a novel legislação o princípio da Concentração dos Atos Registrais, este que nada mais é do que a reunião de todos os eventos jurídicos referente ao imóvel e ao seu proprietário na matrícula do bem. Neste sentido, na matrícula imobiliária deverá constar – além dos atos translativos de propriedade e de instituição de direitos reais – as constrições judiciais (penhora, arresto, sequestro), a existência de ações reais ou pessoais reipersecutórias, as restrições administrativas (tombamento, servidões administrativas, etc.), a existência de comodato, enfim, todas as situações que possam afetar a situação jurídica do imóvel.

Ressalta-se que a legislação em questão já se encontra em vigor para os atos jurídicos novos, o que demanda atenção de todos os operadores do direito, não apenas para aqueles que militam com a área imobiliária. Em relação aos atos jurídicos ocorridos anteriormente à vigência da Lei, esta conferiu o prazo de dois anos para que sejam adequados aos seus termos, sob pena de inoponibilidade perante terceiros.

.....  
<sup>3</sup>A Lei nº 11.101/2005 disciplina a recuperação judicial e extrajudicial e a falência de empresas, sendo que assim preveem os arts. 129 e 130:

Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;

II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;

IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;

VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior.

Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.

Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

Por sua vez, o novo Código de Processo Civil, ao tratar do instituto da fraude à execução, vai ao encontro do princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel. Dispõe o art. 792 do novo Código de Processo Civil que 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.

Observa-se que a novel legislação processual, ao passo que agregou outras hipóteses de configuração de fraude à execução, passou a exigir, em sintonia com a Lei nº 13.097/2015, novas cautelas pelo credor, prestigiando enormemente o sistema registral.

De acordo com a nova ordem jurídica, tratando-se da aquisição ou oneração de bem imóvel, ao invés de o terceiro adquirente ter o ônus de perquirir todos os cartórios do País para averiguar a existência de ações contra o vendedor, o credor passa a ter o ônus de registrar na matrícula do imóvel: a ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória (inciso I); a pendência do processo de execução (inciso II); bem como a hipoteca judicial ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude (inciso III). Em todos estes casos, portanto, caso o credor não promova o registro no álbum imobiliário, presumir-se-á que o terceiro agiu de boa-fé, não havendo que se falar de fraude à execução, face à presumida ausência do *scientia fraudis* pelo terceiro adquirente.

Ao tratar de forma de forma genérica o instituto da fraude à execução, dispõe o art. 792, §2º do novo CPC, que:

§ 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.

Tratando-se, portanto, de bem não sujeito a registro, notadamente de bens móveis ou semoventes, a lei prevê expressamente que o ônus de adotar as cautelas necessárias é do terceiro adquirente, que deve buscar as certidões pertinentes, tanto no domicílio do vendedor, como no local onde se encontra o bem. É cabível aqui se faça uma interpretação *contrario sensu*. Tratando-se de bem sujeito a registro, o ônus de adotar as cautelas necessárias é precipuamente do credor, que, em sintonia com o princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel, deverá, em quaisquer das modalidades de fraude à execução, ter a cautela de averbar ou registrar a constrição na matrícula do imóvel.

Nesta linha de interpretação, tem-se que quando o credor identificar que uma determinada demanda poderá levar o devedor a situação de insolvência, na linha do previsto no art. 792, inciso IV, deverá ter a cautela de dar publicidade a tal fato, de modo a evitar que terceiros possam vir a adquirir de boa-fé bens do executado. E a cautela a ser tomada é justamente o registro da demanda no álbum imobiliário com fulcro no disposto na Lei nº 13.097/2015, art. 54, inciso IV, a qual passou a permitir, mediante determinação judicial, o registro destas demandas.

Adotada esta cautela, o credor resta protegido de eventual alegação de terceiros adquirentes de boa-fé. É que uma vez realizada a averbação, a presunção de boa-fé do adquirente fica elidida, haja vista a não adoção da diligência que lhe é cabível, qual seja, a análise da matrícula do imóvel adquirido. Ao seu turno, confere-se, assim, mais segurança jurídica ao adquirente de imóvel, desburocratizando os negócios translativos da propriedade no âmbito do mercado imobiliário, oferecendo mais segurança jurídica sobretudo aos adquirentes de imóveis e agentes financiadores, que também poderão conceder crédito com menos riscos e de forma mais célere.

Sob o ponto de vista prático, em vez de caber ao adquirente/financiador o ônus de diligenciar em busca da existência, ou não, de processo judicial tendo como objeto determinado imóvel sob pena de ficar sujeito à perda do bem, esse ônus fica transferido ao credor, que deve dar publicidade da sua ação, na matrícula do imóvel, sob pena de não mais poder alcançá-lo em caso de alienação ou oneração de dito bem.

São, obviamente, as primeiras impressões acerca da matéria. Como toda a legislação que ingressa no mundo jurídico, a sua assimilação será lenta, gradual e sujeita a reviravoltas. Certamente ainda virão propostas críticas e divergências de entendimento quanto à sua interpretação até que a novel legislação possa dar a segurança que a ordem jurídica e o próprio mercado imobiliário necessitam.