

COMENTÁRIOS À SÚMULA 375 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fabiana Cristhina Almeida Probst Salgado

Advogada do escritório Arruda Alvim e Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica. Pós graduada em Processo Civil pela FADISP.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A cláusula geral de boa-fé. 3. Da responsabilidade patrimonial do devedor. 4. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e o nascimento da Súmula 375. 5. O registro nos termos do enunciado 375 da Súmula do STJ e a questão da presunção absoluta. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Considerações iniciais

O enunciado 375 da Súmula do STJ assim dispõe: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Os operadores do direito se deparam, na grande maioria dos casos, com litígios envolvendo determinada pessoa que adquire um imóvel de boa fé e se vê surpreendido por um ato de penhora oriundo de um processo judicial que

envolve o alienante do imóvel. De um lado, temos o direito do credor e do outro lado o direito do possuidor, do adquirente do imóvel constricto, que o adquiriu de boa-fé, mediante um simples contrato que não foi levado à registro.

Nos termos do art. 1.245 do Código Civil vigente, uma das formas de aquisição da propriedade imóvel é o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Sem o respectivo registro, o alienante continua a ser havido como proprietário do imóvel. É o que estabelece o §1º do art. 1.245 do Código Civil.

Levando em consideração a literalidade do dispositivo acima transcrito, sem interpretar sistematicamente o sistema jurídico vigente, chega-se a conclusão que é legítima a penhora de determinado bem que se encontra na posse de terceiro de boa-fé e que não levou a registro o ato translativo de propriedade, pelo simples fato da propriedade pertencer ao alienante.

Os artigos 1.046 a 1.054 do Código de Processo Civil¹ regulam o remédio processual outorgado aos terceiros para livrar da apreensão judicial as coisas integradas em seu patrimônio.²

¹ Nos termos do que dispõe o art. 615 do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: “Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens ou direitos por ato de constrição judicial poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos. § 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor ou apenas possuidor. § 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial; § 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens próprios, reservados ou de sua meação”.

² De acordo com Araken de Assis “encontra-se na singular posição de terceiro, no que tange ao processo executivo, quem, cumulativamente: a) não estiver indicado no título executivo judicial; b) não se sujeitar aos efeitos do título; e c) não integrar (ainda que ilegitimamente) a relação processual”. Por conseguinte, se ostentam partes (e jamais terceiros): (...) as pessoas que têm seus bens sujeitos aos atos executórios por expressa disposição legal (p. ex., o adquirente da coisa litigiosa, *x vi* do art. 626 (...)).” (Cf. *Manual da execução*. 11ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 1199).

Transportando essa idéia para o tema “fraude à execução”, indaga-se: torna-se legítimo e aceitável declarar a ineficácia de um negócio jurídico celebrado por terceiro de boa fé, que ao adquirir a propriedade por um ato informal, atua como se proprietário fosse, pagando todos os tributos e conservando o respectivo imóvel, por força de uma presunção de fraude à execução?

Primeiramente nos cumpre observar que os reflexos dos julgamentos preconizados pelos tribunais atingem todas as camadas sociais. O enunciado da Súmula do STJ que ora se pretende analisar deve ser interpretado considerando todas as situações possíveis, desde a aquisição de um imóvel realizado por atos informais, até a aquisição de imóveis realizados com a observância de todas as cautelas legais. Diante dessas situações que corriqueiramente assoberbam nossos tribunais, qual o direito que deve prevalecer: o do credor ou do terceiro de boa-fé? Ou a questão da ineficácia do ato ou negócio jurídico por força da declaração de existência de fraude à execução deve-se resumir ao disposto no §4º do art. 659 do Código de Processo Civil³, que estabelece a presunção absoluta de conhecimento por parte de terceiros do ato de constrição que se realizada sobre determinado bem imóvel?

O art. 659, §4º do Código de Processo Civil, impõe ao exequente o ônus de providenciar a averbação da penhora de bens imóveis, para presunção absoluta de conhecimento de terceiros. O que nos resta indagar: De um lado

³ De acordo com o texto do art. 768 do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil “Cabe ao exequente providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por parte de terceiro a averbação da penhora, quando se tratar de bens sujeitos a registro público”

temos um dispositivo que nos traz a presunção absoluta de veracidade do registro da penhora e de outro temos que o ato de registro, realizado no ofício imobiliário, não goza de veracidade absoluta, haja vista a possibilidade de alteração e até mesmo de anulação do respectivo registro, nascendo diante da presunção relativa de veracidade do registro a teoria da aquisição *a non domino*. Desta forma, como analisar esse dispositivo, à luz do art. 5º, LV da CF? Como compatibilizar essa presunção absoluta de conhecimento de terceiro, surgida diante do registro do ato de penhora com o fato de existir a possibilidade de expedição por erro ou por engano, pelo cartório, de certidões negativas de ônus, quando já existente penhora ou outro ônus averbado na matrícula?

Em torno dessas questões desenvolveremos a análise do enunciado 375 da Súmula do STJ.

Destarte, para que possamos ingressar no estudo da fraude à execução devemos pôr em relevo, por força de sua influência decisiva, não só a existência de boa-fé, como cláusula geral, mas também o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, que passaremos a analisar.

2. A cláusula geral de boa fé.

A Constituição de 1988 consagrou um verdadeiro processo de abertura do nosso sistema promovendo a modificação de valores fundamentais da ordem jurídica. A principal modificação se volta à dignidade da pessoa humana como alicerce de todo o sistema jurídico, público ou privado.

Prestigiou, ainda, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial, enfatizando exclusivamente o princípio da boa-fé, como corolário lógico. Diz-se que foi consagrada a "teoria dos direitos fundamentais", partindo-se de princípios efetivos e não simplesmente programáticos. Logo, a boa-fé é um princípio efetivo, como podemos identificar expressamente no Código de Defesa de Consumidor (artigo 4º, inciso III da Lei nº 8.078/90).

Diante do novo texto constitucional, a boa-fé objetiva foi tida como um valor autônomo, não relacionado com a vontade e devendo ser aplicada tanto nos ramos do direito público quanto do direito privado. A partir da promulgação da Constituição Federal vigente, a autonomia da vontade cedeu, definitivamente, o seu lugar às exigências éticas da boa-fé. Todos os comportamentos sociais, regulamentados pelo direito, devem ser norteados pela lealdade e confiança. Assim como os demais princípios, a boa-fé atua como uma luz irradiante para a interpretação constitucional, premissa básica da ordem jurídica.

A Constituição de 1988 estabeleceu, portanto, novos valores e nos dizeres de Roberto Senise Lisboa *“pôs fim à chamada era dos estatutos ou das codificações, fixando diretrizes para elaboração de leis com principiologias bem distintas daquelas que foram promulgadas com a finalidade de acrescentar ou modificar algum dispositivo codificado (...). O pós-modernismo permitiu uma abertura constitucional que significou o abandono das posturas liberais clássicas, reconhecendo-se superadas as ideologias*

*capitalistas e socialistas e buscando-se a proteção efetiva dos interesses socialmente mais relevantes”.*⁴

Sendo a Constituição o vértice norteador de nosso ordenamento jurídico, tal instituto deverá ter aplicabilidade nos ramos do direito público e do direito privado. O conteúdo do princípio da boa-fé, pela sua própria natureza principiológica, não pode ser aprioristicamente fixado, mas sim, depende da avaliação das circunstâncias do caso concreto.

De acordo com o art. 14, II⁵ do Código de Processo Civil, são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo proceder com lealdade e boa fé. É o princípio da lealdade processual. O litigante tem o dever de agir com lealdade e boa fé.

Os atos praticados por todos aqueles que de qualquer forma participem do processo podem ser infinitos, de modo que, essa infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Desta forma, correta a opção do legislador em estabelecer uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé.

Alvino Lima, ao estudar o princípio da boa-fé, afirmou que ele é “*o caminho pelo qual a moral penetra no direito; sua influência no disciplinar e resolver os conflitos de interesse é quase sempre decisiva, no sentido de proteger os que agem lealmente, com probidade, ou na ignorância escusável*

⁴ Cf. Roberto Senise Lisboa., *Manual de direito civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2003, pp. 116-117, vol. 1.

⁵ Nos termos do anteprojeto do Novo Código Civil passa a ser o art. 66, II.

*das situações antijurídicas; em sentido contrário, a lei repele as pretensões dos que agem de má-fé, impondo-lhes penalidades, restringindo-lhes as faculdades e poderes, ou proclamando a nulidade, a anulação, ou a ineficácia dos seus atos jurídicos”.*⁶

Continua o autor: “*existe, nas múltiplas relações obrigacionais, o dever de uma conduta leal, geradora da confiança entre as partes, pressuposto imprescindível para a vida em sociedade, constituindo um verdadeiro dever jurídico, que importa, em última análise, na obrigação de abster-se do dolo ou da fraude (...). Mas não basta esta atitude negativa de lealdade, este comportamento de “alterum non laedere”; impõe-se ainda, para perfeita integração do critério da boa-fé na ordem jurídica, a cooperação ativa no sentido de ‘tudo fazer, quanto necessário, tenha sido dito ou não, para assegurar à contraparte o resultado útil da prestação’, impondo ao devedor fazer ‘não somente o que prometeu, mas tudo o que for preciso para alcançar para a contraparte o resultado pleno da prestação’.*”⁷

Sem adentrarmos na evolução histórica da boa fé podemos afirmar que hoje é corrente a distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Esta última diz respeito ao estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios em que pode estar um sujeito de direito.⁸

⁶ Cf. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 11.

⁷ Cf. Alvin Lima. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 11.

⁸ Nesse sentido, Judith Martins Costa, no que se refere à boa-fé subjetiva, afirma que : “a expressão traduz a idéia naturalista de boa-fé, aquela que, por antinomia é conotada à má-fé e que também se manifesta pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica”. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, pp. 427 e ss.

Por outro lado, a boa-fé objetiva, no entender de Judith Martins Costa, cuja posição nos permitimos acompanhar, exprime “*o standard de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o civiliter agere que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito. Daí a razão pela qual a boa-fé objetiva atua, concomitantemente, como (i) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção) no terreno obrigacional; (ii) cânone para a interpretação dos negócios jurídicos; e (iii) baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal*”.⁹ Esta última é a que nos interessa de perto para o exame da questão por nós proposta, já que se alinha à boa-fé processual.

A propósito do assunto, torna-se necessário delinear a natureza jurídica da boa-fé. Vale dizer, seria a boa-fé uma cláusula geral ou um princípio geral do ordenamento jurídico?

Judith Martins Costa, em posição que nos servimos de acompanhar tem a boa-fé como uma cláusula geral já que “*todos os princípios, positivados ou não, precisam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para essa concreção porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Por esta via, idéias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística – como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por*

⁹ Cf. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé *in* Direito Civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional (Org. Gustavo Tepedino). São Paulo: Atlas, 2008, p. 81.

problemas reais passam a funcionar como ‘pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas’. Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial, à medida que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito, permite ao juiz ‘a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica viável. (...) A grande diferença entre princípio e cláusula geral, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial onde encontram como elemento de atuação fatores ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras ‘janelas’ consubstanciadas em tais cláusulas’.^{10_11_12}

¹⁰ Cf. Judith Martins Costa. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico *in* Revista dos Tribunais n° 680, ano 81, junho de 1992, pp. 50-51.

¹¹ Nesse mesmo sentido é a posição de Fredie Didier Jr, Leonardo José Carneiro da Cunha e outros. Fredie Didier Jr, *et all. Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009, p.293.

¹² De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Nery cláusulas gerais “são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (...). Tem como função dotar o sistema de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos jurídicos indeterminados (...) O juiz exerce papel de suma importância no exercício dos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque ele instrumentaliza, preenchendo com valores, o que se encontra abstratamente contido nas referidas cláusulas gerais”. (Cf. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2005, notas 18, 19 e 20 dos comentários preliminares, p. 158).

Diante do quadro acima exposto podemos afirmar que o art. 14, II do Código de Processo Civil nos traz a boa-fé como cláusula geral. Isso nos traz importante lição eis que o campo processual, em especial no que toca à execução, a boa-fé deve ser entendida em seu aspecto objetivo, tornando-se baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal.

A execução, nos dias atuais, é a fase mais apta para a prática de comportamentos contrários à cláusula geral da boa-fé. Não é por outra razão que há tempos existe rigoroso sistema de combate à fraude na execução.

Fixados os pontos de boa-fé objetiva processual, como cláusula geral, nos cumpre, por ora, investigar o instituto da fraude à execução, que se encontra intrinsecamente ligado à idéia de comportamento desleal. Porém, antes disso, nos permitimos traçar algumas notas a respeito do princípio da responsabilidade patrimonial.

3. Da responsabilidade patrimonial do devedor

Ao celebrar um negócio jurídico, nasce um vínculo jurídico, em virtude do qual uma pessoa pode exigir uma prestação da outra. A parte que adimpliu com sua obrigação tem o direito de exigir da outra o cumprimento de sua prestação. Assim não o fazendo, o patrimônio do devedor representa para o credor a garantia de poder conseguir, em caso de inadimplemento, a satisfação coativa pelos meios executivos.

Representando os bens do devedor a garantia comum do direito de seus credores, todos os valores que integram seu patrimônio respondem pela obrigação que haja contraído. Nos termos do art. 591¹³ do Código de Processo Civil “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.¹⁴⁻¹⁵ É o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor que norteia a execução ou a fase de cumprimento de sentença.

Isso significa, como bem ressaltado por Luiz Fux “*que não há relação necessária de contemporaneidade entre o estado de sujeição patrimonial do devedor e o momento em que contraiu as suas obrigações. Enquanto estas se encontram inadimplidas, todo e qualquer acréscimo patrimonial do devedor exsurge comprometido com a satisfação da prestação em aberto*”.¹⁶

Por outro lado, o art. 1228 do Código Civil assegura ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor do que lhe pertence à maneira que lhe aprouver, surgindo, daí, a possibilidade de alienações simuladas, ou fraudulentas, com o único objetivo de burlar a execução que contra si pende (ou penderá).

A propósito, afirma Yussef Said Cahali que “*para obviar a tais expedientes, arma-se o sistema jurídico de meios tendentes ao controle da*

¹³ O anteprojeto do Novo Código Civil, em seu art. 714, manteve a mesma redação do atual Código de Processo Civil.

¹⁴ Como bem apontado por Araken de Assis “à execução contemporânea se atribui exclusivo caráter real. Visa a execução, segundo muitos, ao patrimônio do executado”. (Cf. *Manual da execução*. 11ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 101).

¹⁵ As restrições estabelecidas em lei são, dentre outras, as que constam dos arts. 648 a 650. Desse modo, excetuam-se os bens inalienáveis e não penhoráveis, excluindo assim da ação do credor um certo grupo de bens do devedor.

¹⁶ Cf. Luiz Fux. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.78.

*livre disponibilidade e administração de bens pelo devedor para, conquanto permitindo a disposição de coisas e direitos que integram o seu patrimônio, impedir que, com isto, venha a prejudicar os seus credores; assim, preservando embora o direito de disposição da coisa, próprio do titular do domínio, aquela faculdade de disposição de bens e direitos só é de ser exercida na medida em que não moleste a segurança dos créditos de terceiros”.*¹⁷

Alvino Lima, a propósito do princípio da responsabilidade patrimonial jungido à idéia de boa fé, nos mostra que “*se o princípio da responsabilidade patrimonial, consagrado em inúmeros códigos civis, tutela os direitos do credor, criando uma garantia de caráter real; se, pôr força deste mesmo princípio, é dever de cada devedor amparar o seu patrimônio, não alterar a sua solidez, em virtude da própria destinação dos seus bens em satisfazer os seus credores, há, certamente, um limite na disponibilidade dos bens impostos a todo devedor. Esse limite é traçado pelo princípio da boa-fé; a sua transposição caracterizada pela fraude confere ao credor o direito de obter judicialmente a ineficácia do ato jurídico fraudulento, que aniquilou aquela garantia genérica sobre os bens do devedor, assegurada por lei*”.¹⁸

Essa garantia patrimonial, como limite da disponibilidade de bens pelo devedor, faz surgir para ele - devedor - a obrigação de não alterar a solidez do seu patrimônio, destinado que é à satisfação de seus credores.

¹⁷ Cf. *Fraude contra credores*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 45.

¹⁸ Cf. Alvino Lima. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, pp. 15-16

Assim, para que não desapareça a garantia que o patrimônio do devedor representa para os credores, a lei reconhece ao devedor plena liberdade de contratar e, por conseguinte, de alienar, com o único limite de não serem alienações feitas com conhecimento do prejuízo que se vai causar aos credores por falta de outros bens capazes de garantir-lhe a satisfação de seus direitos. A lei desaprova a alienação feita nessas condições, pois a qualifica como fraudulenta.

Essa qualificação, como bem expressado por Yussef Said Cahali “*resulta do fato de ter sido transposto o limite do poder de disponibilidade traçado pelo princípio da boa-fé: se ele aliena seus bens, cômscio de que não pagará suas dívidas, seu ato reveste-se de uma imoralidade culpável; a fraude consiste justamente na prática de um ato jurídico consciente de este ato criará ou aumentará a insolvabilidade*”.¹⁹

É forçoso observar que a responsabilidade patrimonial incide sobre os bens do devedor, bem como sobre aqueles passados a terceiros, vale dizer, bens que pertencem ao devedor, mas no momento da execução não lhe pertencem mais. Trata-se de bens alienados em fraude contra credores, ou em fraude à execução, assim como bens hipotecados ao credor e depois alienados a terceiros. A alienação, nessas hipóteses, não exclui a responsabilidade.

Esta extensão da responsabilidade patrimonial a bens de terceiro resulta da interferência do terceiro na violação do contrato. A propósito, afirmou Alvino Lima que “*a boa-fé do terceiro deve excluir, por completo, a possibilidade de ser atingido, visto ter agido ignorando o vício. Seria injusto, como bem*

*observa Vidal, anular um ato, quando uma das partes ignorava a existência do vício, que reside apenas no motivo ilícito que levou a outra parte a contratar”.*²⁰

Assim, Alvino Lima²¹ nos noticia a formação de duas correntes doutrinárias a propósito da interferência de terceiros para configuração da fraude. Uma, preconizada por Josserand, que aliava a causa para justificar a nulidade do ato fraudulento, vale dizer, não era necessário que a intenção fraudulenta fosse comum a todas as partes da operação; basta que uma delas tenha sido impelida pelo desejo de violar a lei, para que a nulidade surja, qualquer que tenha sido a mentalidade dos demais contratantes. Por conseguinte, quanto ao conceito de cumplicidade do terceiro no ato fraudulento, defendia-se ser indispensável que entre o terceiro contratante e devedor tenha havido um acordo fraudulento.

Outra, que rebatia essa tese, encontrava diferença nos conceitos de causa e fraude, posto que a causa ilícita ou imoral é exclusivamente subjetiva, com exclusão do resultado, ao passo que a fraude, não seria exclusivamente subjetiva, por supor a realização efetiva de um resultado contrário ao direito. Ademais disso, defendia-se que o terceiro, que pratica a fraude aos direitos do credor, visa a um fim pessoal egoístico, mas não ilícito, aproveitando-se da oportunidade para fazer um bom negócio. Por conseguinte, o simples conhecimento de contrato anterior, por parte de terceiro, já era requisito apto a caracterizar a fraude.

¹⁹ Cf. *Fraude contra credores*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 47.

²⁰ Cf. Alvino Lima. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 55.

²¹ Cf. com maior riquezas de detalhes, Alvino Lima. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p 54 e ss.

A par dessa discussão, cumpre-nos observar que temos que considerar a hipótese de terceiro que adquiriu o bem constricto de boa-fé e não consentiu com o ato fraudulento.

De acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o terceiro de boa-fé só incorre em fraude à execução se existente registro de penhora anterior, pois ausente o registro não se pode supor que as partes contratantes agiram em conluio ou que o comprador tinha conhecimento da ação em andamento, não incidindo, desta forma, a responsabilidade patrimonial do adquirente de boa-fé.

No julgamento do Resp 858.999/MS, a Primeira Turma do STJ, ao julgar um recurso interposto pela Fazenda Pública contra acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, não reconheceu, em fraude à execução, a alienação de imóvel pertencente ao sócio da empresa executada, ainda que em curso a ação de registro imobiliário quanto à alienação do bem, sob o fundamento de que, não existindo inscrição da distribuição da execução ou da penhora no registro de imóveis que possa demonstrar a ciência do adquirente da existência de demanda capaz de reduzir o executado à insolvência, não se pôde presumir que a venda tenha sido efetuada em fraude à execução.²²

Após abordar de forma breve, os principais aspectos referentes à responsabilidade patrimonial do devedor e a cláusula geral de boa-fé, nos cumpre, por ora, analisar as questões que norteiam a redação do enunciado

²² Cf. STJ, Resp 858.999/MS, rel. min. Luis Fux, 1ª Turma, j. 19.03.2009.

375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, bem como os precedentes que culminaram na referida orientação.

4. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e o nascimento da Súmula 375

O cerne da controvérsia cinge-se ao ponto concernente à presunção de fraude à execução perante o adquirente de imóvel penhorado, mas sem inscrição desse ato constrictivo no registro imobiliário. A questão do registro, seja do ato constrictivo, seja da propositura da ação, já foi objeto de discussão antes mesmo do sistema constitucional vigente.

Podemos observar que o tema foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo então Min. Alfredo Buzaid, na vigência do sistema constitucional anterior, no sentido de que não havendo a inscrição de que trata a Lei 6.015, incumbe ao credor o ônus de provar à fraude a execução.²³ Esse entendimento, contudo, não era absoluto, pois encontramos posições, ainda que na vigência do sistema constitucional pretérito, em sentido contrário.²⁴

²³ Cf. “1. Ação de execução proposta em 10-VII-78, não constando do registro imobiliário a sua inscrição na forma da Lei n. 6015, art. 167, n. 21. A venda do imóvel em 23 de fevereiro de 1981, dois anos depois. Embargos de terceiro. Sua admissibilidade. Não havendo a inscrição, de que fala a Lei 6015, art. 167, n. 21, incumbe ao credor o ônus de provar a fraude de execução. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 96838 AgR, Relator(a): Min. Alfredo Buzaid, 1ª T, j. 20.03.1984, DJ 13.04.1984)

²⁴ Nesse sentido, confira as ementas que nos permitimos transcrever: “FRAUDE A EXECUÇÃO. NULIDADE DA ALIENAÇÃO, QUANDO PENDIA DEMANDA CAPAZ DE ALTERAR O PATRIMÔNIO DO ALIENANTE, REDUZINDO-O A INSOLVENCIA. NÃO SE REQUER QUE EM TAL DEMANDA HAJA PENHORA, E MUITO MENOS, QUE TENHA SIDO INSCRITA. NEM HÁ QUE COGITAR DE BOA OU MA FÉ DO ADQUIRENTE. ART. 895 N. II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 75349, Relator(a): Min. Luis Galotti, 1ª T, j. 28.11.1972).

“EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE DA EXECUÇÃO. PARA QUE SE CONFIGURE FRAUDE DE EXECUÇÃO BASTA A EXISTÊNCIA DE DEMANDA PENDENTE. NÃO SE REQUER QUE EM TAL DEMANDA HAJA PENHORA, E MUITO MENOS QUE TENHA SIDO INSCRITA, BASTA A EXISTÊNCIA DA LIDE PENDENTE E A SITUAÇÃO DE INSOLVENCIA DO ACIONISTA. RECURSO

No Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, decidia em consonância com a orientação do Supremo Tribunal Federal, como se pode observar no julgamento do RESP 9789/SP, de relatoria do Min. Athos Carneiro.²⁵

Primeiramente, a questão que se desdobrava a doutrina e a jurisprudência pautava-se na legitimidade ou não do terceiro adquirente de oferecer embargos de terceiro, por conta da ausência do registro do contrato preliminar de compra e venda de imóvel.

Em 1989, no julgamento do Resp 188/PR, de relatoria do então Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, restou consignado que a inscrição no registro imobiliário do contrato preliminar de compra e venda imprime ao adquirente o efeito de oponibilidade *erga omnes*, visto que, enquanto não registrado o referido instrumento, o direito do adquirente é apenas pessoal, de forma que a posse do adquirente não é suficiente para legitimar sua pretensão à tutela dos

EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO”. (RE 83515, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, 2ª T, j. 21.09.1976)

“FRAUDE A EXECUÇÃO. NÃO HÁ CUIDAR, NA ESPÉCIE, DA BOA OU MA-FÉ DO ADQUIRENTE DO BEM DO DEVEDOR, PARA FIGURAR A FRAUDE. BASTA A CERTEZA DE QUE, AO TEMPO DA ALIENAÇÃO, JA CORRIA DEMANDA CAPAZ DE ALTERAR- -LHE O PATRIMÔNIO, REDUZINDO-O A INSOLVENCIA. PROPOSTA A EXECUÇÃO, DESNECESSARIA A INSCRIÇÃO DA PENHORA PARA A INEFICACIA DE VENDA POSTERIORMENTE FEITA, SENDO SUFICIENTE O DESRESPEITO A ELA, POR PARTE DO EXECUTADO. RECURSO NÃO CONHECIDO. (RE 108615, Relator(a): Min. Celio Borja, 2ª T, julgado em 30.05.1986).

²⁵ Cf: “Fraude de execução. Ação anulatória de arrematação. Escritura de alienação lavrada apos a distribuição do feito mas antes da citação. Penhora não registrada. Imovel adquirido sucessivamente por terceira pessoa, autora da demanda anulatória. Para que se considere a alienação em fraude a execução, não basta o ajuizamento da ação, sendo necessaria a citação valida do executado em ação capaz de reduzi-lo a insolvencia. A penhora de bem imovel, antes de registrada (lei 6.015/73, arts. 167, i, n. 5, 169 e 240), vale e e eficaz perante o executado, mas so e eficaz perante terceiros provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial. Ainda que admitida como não eficaz a alienação de bem penhorado, mesmo se omitido o registro da penhora, ainda assim tal ineficacia não poderia ser oposta ao terceiro que haja adquirido o imovel de quem o comprou do executado. Necessidade de tutela a boa-fe, que em tal caso presume-se com maior evidencia. Recurso Especial conhecido e provido”. (REsp 9789/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, 4ª T, j. 09.06.1992, DJ 03.08.1992)

embargos de terceiro, prestigiando, assim, a orientação do STF, estabelecida na Súmula 621, que assim prescreve: “não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro imobiliário”.

Contudo, considerou-se à época, a fragilidade da referida Súmula do STF, pois os precedentes que deram origem à referida orientação se pautaram apenas e tão somente na eficácia *erga omnes* do referido registro do compromisso de compra e venda. Não se pode olvidar, que a crescente urbanização das áreas, cujos proprietários eram à época investidos de caráter rústico, adquiriam lotes residenciais em áreas desprovidas de serviços públicos, fundados em contratos informais, sem qualquer registro público, pois o próprio loteamento era, muitas vezes, irregular. Entendia-se, por isso, que o enunciado 621 da Súmula do STF era muito rigoroso, visto que impedia o terceiro de exercer o seu direito de ação e, mais do que isso, enfraqueceria a própria posse legítima – fundada em contrato -.

No voto do então Ministro Athos Gusmão Carneiro, ainda no julgamento do Resp 188, e divergindo do voto do Ministro relator, restou evidenciado que a realidade que se presenciava à época, era aquela em que pessoas adquiriam propriedades de modo irregular, sem o devido registro, exerciam de forma legítima a sua posse, e de inteira boa fé, e eram surpreendidos por um ato de penhora sobre aquele imóvel decorrente de demanda envolvendo o alienante com quem contratou. Consignou, ainda, que em um plano puramente registral, o imóvel penhorado é, tecnicamente, integrante do patrimônio do vendedor e, no confronto entre o direito do credor de obter o seu crédito e do terceiro de boa-fé, deve prevalecer o direito daquele que está na justa posse do

imóvel, e com o preço quitado. Essa é a interpretação que mais se coadunava com a realidade social e política do país.

Por fim, restou decidido ser legítimo a oposição de embargos de terceiro por aquele que defende sua posse oriunda de compromisso de compra e venda desprovido de registro imobiliário, divergindo, assim, da orientação predominante do STF, vazada no enunciado 621.²⁶

O Resp 188 configurou um dos precedentes mais incisivos que originaram a Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, alterando, assim, a Súmula 621 do STF. Assim, de acordo com o enunciado 84 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça “*é admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro*”. Assim, nesse sentido foi a decisão do Min. Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do Resp 9448:

“Embargos de Terceiro. Escritura Pública de compra e venda não registrada. I – O comprador por escritura pública não registrada, devidamente imitado na posse do imóvel, pode opor embargos de terceiro, para impedir penhora promovida por credor do vendedor. Precedentes do STJ. II – Ofensa aos preceitos legais colacionados não

²⁶ Cf. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGENCIA COM A SUMULA 621 DO STF. 1- E ADMISSIVEL A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO FUNDADOS EM ALEGAÇÃO DE POSSE ADVINDA DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DESPROVIDO DE REGISTRO IMOBILIARIO. 2- INOCORRENCIA IN CASU DE FRAUDE A EXECUÇÃO. 3- RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp 188/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro BUENO DE SOUZA, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/1989, DJ 31/10/1989 p. 16557)

*caracterizada. Dissídio pretoriano não configurado. III – Recurso Especial não conhecido”.*²⁷

Percebemos, então, que já restava evidenciado uma proteção ao terceiro adquirente de boa-fé que, por intermédio de contrato preliminar de compra e venda não registrado, poderia se valer dos embargos de terceiro, para defender a posse legítima, descaracterizando a fraude à execução.²⁸ Nessa esteira, assim decidiu o STJ:

*“Embargos de Terceiro. Fraude a execução. Contrato de promessa de compra e venda não registrado. Sum. 84/STJ. Precedentes da Corte. 1. Na esteira de precedentes da Corte, os embargos de terceiro podem ser opostos ainda que o compromisso particular de compra e venda não esteja devidamente registrado. 2. Não há fraude a execução quando no momento do compromisso particular não existia a constrição, merecendo protegido o direito pessoal dos promissários-compradores. 3. Recurso Especial conhecido e provido”.*²⁹

Essa proteção ao terceiro de boa-fé que adquire um bem sem conhecimento de ato constrictivo, passou a ser prestigiada ao longo do tempo. No julgamento do Resp 113.871/DF, o Min. César Asfor Rocha, apreciando a questão de

²⁷ REsp 9448/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª T, j. 31.03.1993.

²⁸ A propósito do assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier, analisando a referida Súmula, conclui que “se tem dado um alcance a esta Súmula diferente daquele que lhe é próprio e esta afirmação aqui se faz porque estes acórdãos, baseados neste sentido mais amplo que se vem atribuindo a este verbete, comprometem fundamentalmente o valor *segurança* (...). E isto se diz porque a incidência desta súmula nestes casos, de que adiante cuidaremos, afronta de modo direto princípios jurídicos atuais, dispositivos expressos de lei, doutrina e jurisprudência e provoca ‘surpresa’ no jurisdicionado, que se vê atingido por uma regra de conduta ‘solta’ no sistema”. (Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001, p. 108).

fundo referente à inexistência de fraude à execução, entendeu que de acordo com o art. 593, II do Código de Processo Civil, considera-se fraude à execução a alienação ou oneração de bens quando, ao tempo da alienação ou da oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência. A propósito do referido dispositivo, proferiu voto no sentido de que: *“essa situação muito se aproxima da fraude contra credores, embora com ela não se confunda basicamente porque a fraude à execução importa na ineficácia da alienação, podendo ser provocada pelo exequente, nunca por outro credor, no próprio processo executivo, e, excepcionalmente, já depois de iniciado o processo de conhecimento”*.

Com maior razão, o Ministro, à época do julgamento, vislumbrou que a questão se desdobra em uma outra, qual seja, o momento processual a partir do qual se pode, em tese, configurar-se a fraude. Nesse sentido, foi a conclusão do então Min César Asfor Rocha, que nos permitimos transcrever:

“a fraude à execução pode configura-se a partir do momento em que a ação é aforada, tornando-se, absolutamente irrelevante, perquirir-se se houve ou não a citação, penhora ou registro da penhora. Por outro lado, caso conste no Cartório Imobiliário, algum registro dando conta da existência de ação pendente, há presunção absoluta de que o adquirente tinha conhecimento da existência da ação. Caso contrário, na ausência de qualquer registro no Cartório Imobiliário, não se pode imputar ao adquirente nenhuma obrigação de ter ciência desse fato, pois sua boa-fé, que é presumida, há de ser preservada, até prova em contrário a ser feita pelo exequente. Assim, para configuração da

²⁹ REsp 76608/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, 3ª T, j. 17.06.1997

*fraude à execução estabelecida no inciso II do art. 593, é necessária a ocorrência conjunta dos seguintes” elementos: a) ação aforada; b) que o adquirente saiba da existência de ação, ou por já constar no cartório imobiliário registro dando conta da existência da ação – presunção absoluta de conhecimento por parte do adquirente – ou porque disso provou o exequente; e c) que a alienação ou oneração de bens por parte do devedor foi capaz de reduzi-lo à insolvência”.*³⁰

Diante das inúmeras controvérsias que se travaram na doutrina e na jurisprudência acerca da necessidade ou não do registro para fins de presunção de conhecimento por parte do terceiro adquirente e comprovação de fraude à execução, a Lei n. 8.953/94, acrescentou o §4º ao art. 659 do Código de Processo Civil, estabelecendo que: “a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora e, inscrição no respectivo registro”.

A partir de então, como bem ressaltou Cândido Rangel Dinamarco, “a dúvida, que logo a todos assaltou, dizia respeito à finalidade da exigência e, por via reflexa, à consequência de seu não-cumprimento. Se o registro fosse parte integrante da penhora de imóveis, só a partir de quando feito correria o prazo para embargos à execução; se ele fosse feito com o objetivo de criar presunção de conhecimento da penhora por terceiro, sua omissão ou retardamento não adiaría a fluência de prazo algum e só poderia prejudicar o próprio exequente – o qual iria ficando sem a segurança de que eventual terceiro fosse presumido conhecedor da constrição judicial”.³¹

³⁰ REsp 113871/DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª T, j. 12.05.1997. No mesmo sentido: Resp 40854/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T, j. 12.08.1997, REsp. 555.044/DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª T, j. 4.11.2003.

³¹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 268.

Criou-se, desta forma, na doutrina e na jurisprudência divergências acerca da natureza jurídica do ato de inscrição da penhora de bem imóvel no registro imobiliário, entendendo alguns tratar-se de pressuposto de eficácia do ato de penhora, como podemos observar, inclusive em julgados recentes.³²

De acordo com a justificativa apresentada pelo Projeto de Lei 3.810-A, convertido na Lei 8.953/94, a exigência do registro da penhora tem por finalidade prevenir futuras demandas com alegações de fraude de execução, como tão frequentemente ocorre na prática forense atual.

O Código de Processo Civil de 1939 não previa o registro do ato de penhora que recaísse sobre bem imóvel. Já o Dec Lei 4.857/39, que cuidava dos registros públicos previstos na lei civil, prescrevia em seu art. 178 que o registro da penhora deveria constar na matrícula do imóvel. O art. 279 do referido decreto dispunha: *“serão inscritas no livro 4 as penhoras, arrestos e sequestros, à vista da certidão do escrivão, da qual conste, além dos requisitos a que se refere o art. 250, o nome e a categoria do juiz, do depositário e os das partes e a natureza do processo. Parágrafo único: A certidão será dada pelo escrivão, com a declaração do fim especial a que se destina, após a entrega do mandado devidamente cumprido em cartório”*.

³² Nesse sentido, cf: Ementa - Locação de imóveis - Execução de título extrajudicial - Rejeição de alegada fraude à execução, pela venda de imóvel penhorado - O reconhecimento de fraude à execução pressupõe, de modo objetivo, a alienação de bem na pendência de demanda de conhecimento ou de execução, com citação, e a redução do devedor à insolvência Além desses requisitos, a reforma processual de 1994 instituiu o necessário registro da penhora como pressuposto de eficácia do ato, para conhecimento da constnção por terceiros de boa-fé Fora disso, caracterizar-se-á a fraude se ficar demonstrado que terceiro adquirente, por outro meio, tinha conhecimento da constnção - Ausentes todos aqueles pressupostos, não há fraude a ser reconhecida - Recurso não provido (TJSP: Agravo de Instrumento 1233282001 Relator(a): Silvia Rocha Gouvêa Comarca: São Bernardo do Campo Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado, j. 03.03.2009)

Não se pode olvidar que a penhora realiza-se plenamente dentro do processo, enquanto que o seu registro destina-se a dar publicidade ao ato de constrição, cumprindo função probatória e preventiva, à medida que faz prova da penhora e afasta alegações de desconhecimento do ato em casos de alienação do bem. Diante do sistema processual anterior, o ato de registro de penhora limiava-se a dar publicidade em relação a terceiro.

Após a promulgação do Código de Processo Civil vigente, o referido Decreto nº 4.857/39 foi revogado pela atual Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/73), reproduzindo, quanto à questão do registro da penhora, o disposto no decreto revogado, porém, indo mais além, ao estabelecer em seu art. 240 que “o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior”.

Antes do advento da Lei 8.953/94, discutia-se a obrigatoriedade do registro da penhora para início de sua eficácia em relação a terceiros, por força não só do disposto no art. 240 da Lei de Registros Públicos, como também do que prevê o art. 169, que assim dispõe: “*todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no cartório da situação do imóvel (...).*”

Diante da literalidade do disposto no §4º do art. 659 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei 8.953/94, tem-se que sem a realização da inscrição do ato de penhora no registro imobiliário, a penhora não estaria realizada e, portanto, seria juridicamente inexistente.

Essa interpretação, como bem anotado por Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina “*acabou por não*

*prevalecer, tanto na doutrina como na jurisprudência, pois entendeu-se que a inscrição da penhora no registro imobiliário tinha, como no passado, apenas a função de gerar presunção de conhecimento de terceiro, de forma a evitar eventual alegação de desconhecimento da penhora por terceiro adquirente do bem penhorado. Entendeu-se não se consubstanciar, portanto, a inscrição no registro de imóveis, de ato integrativo da penhora”.*³³

Podemos observar no julgamento do Resp 293.686 que, para fins de fraude à execução “ (...) A presunção de que trata o inciso II, do art. 593, do CPC é relativa, e para configuração da fraude de execução torna-se necessário o registro do gravame. Na sua ausência, incumbe ao exequente provar que o terceiro adquirente tinha ciência da ação ou da constrição. Acresce que, pelo § 4º, do art. 659, do CPC, o registro da penhora não é pressuposto da sua validade, mas, sim, de eficácia erga omnes”.

³⁴

Ademais disso, a Lei 6.015/73 já previa como faculdade o ato do credor de inscrição do ato de penhora no registro imobiliário competente. O ato registral tinha por função estabelecer a publicidade do ato em relação a terceiro. Como

³³ Cf. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2005, vol. 1, p. 384.

³⁴ REsp 293686/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T, julgado em 03.05.2001. No mesmo sentido, cf: “PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL, POR DAÇÃO EM PAGAMENTO, NA PENDÊNCIA DE EXECUÇÃO. CPC, ART. 593, II. INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA. BOA-FÉ PRESUMIDA. LEI N. 8.953/94. CPC, ART. 659.I. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito erga omnes e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução (...)”. (REsp 509062/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 23.03.2004). No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ALIENAÇÃO NA PENDÊNCIA DE EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA. BOA-FÉ PRESUMIDA. LEI N. 8.953/94. CPC, ART. 659. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CARACTERIZADO. (...). II. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito erga omnes e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução. III. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação, ainda que posterior à citação na ação de execução e da intimação da penhora, é eficaz. IV. Recurso especial conhecido

vimos, na justificativa do anteprojeto de lei 3.810-A, que foi convertido na Lei 8.953/94, restou expressamente apontado que o objetivo da exigência do registro da penhora era tão somente prevenir demandas com alegações de fraude à execução.

Se adotarmos a posição no sentido de que o registro da penhora é integrativo do próprio ato em si, o prazo de embargos somente terá início após tal registro; se, todavia, considerarmos ser o ato de registro requisito de eficácia, para oponibilidade do ato construtivo perante, a intimação da penhora deverá fazer-se logo após lavrado o auto respectivo.

Entendemos que a Lei 8.953/94 abraçou este último entendimento, qual seja, a exigência do registro não impede a imediata intimação do executado, constituindo-se o registro em condição de eficácia plena da penhora perante os terceiros,³⁵ pois como bem preconizou Cândido Rangel Dinamarco “ *dada sua clara finalidade em relação a terceiros, essa exigência não pode ser interpretada como formalidade essencial à existência do ato jurídico penhora. Sem seu cumprimento, a penhora existe e será válida sempre que atenda às demais exigências formuladas em lei. Só poderá não ser eficaz em relação a terceiros. Aí está a grande importância da inovação trazida nesse novo parágrafo: sem ter sido feito o registro, aquele que adquirir o bem presume-se não Ter conhecimento da pendência de processo capaz de conduzir o*

em parte e provido. REsp 401452/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T, j. 27.06.2002, DJ 26.08.2002).

³⁵ Nessa linha, William Santos Ferreira afirma que “A reforma do §4º, ora empreendida, afastando a polêmica estipula que para a presunção absoluta de conhecimento por terceiros faz-se necessário o registro, mas não para validade da penhora. Caso não esteja registrada, não há a presunção absoluta e o exequente terá dois caminhos: a) comprovar o conhecimento do terceiro – o que tornará o ato ineficaz em relação ao processo de execução; b) comprovar a insolvência do devedor e que o mesmo já estava citado (no processo de conhecimento ou execução) ao tempo da alienação hipótese em que se configurará, também, fraude à

*devedor á insolvência. A publicidade dos atos processuais passa a ser insuficiente como regra presuntiva de conhecimento. A consequência prática dessa nova disposição será a inexistência de fraude a execução capaz de permitir a responsabilidade patrimonial do bem alienado, sempre que a penhora não esteja registrada no cartório imobiliário (CPC, art. 593, espec. inc II). Se o adquirente opuser embargos de terceiro e não se caracterizar o conhecimento da penhora por outro meio, seus embargos procederão”.*³⁶

Destarte, à época, muita discussão existia em torno da questão do registro ser ou não ato integrativo da penhora e, dependendo da interpretação que se fazia, a principal consequência seria no próprio desenrolar do processo de execução. Não por outra razão, a Lei 10.444/2002 alterou a redação do §4º do art. 659 do Código de Processo Civil, estabelecendo que: “*A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.*”

Diante da novel redação dada ao §4º, o ato de registro não era pressuposto para eficácia do ato de penhora, vale dizer, não era integrativo do ato, de modo que com a realização da penhora, o executado seria intimado e o exequente poderia providenciar o registro do ato construtivo para fins de presunção absoluta de conhecimento por terceiro.

execução; c) demonstrar fraude contra credores, o que depende de ação judicial autônoma”. (Cf. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 286).

³⁶ Cf. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 269.

Nova controvérsia ainda permanecia inacaba: o registro da penhora é pressuposto para o reconhecimento da fraude à execução?

Já mencionamos anteriormente que o STJ, não só à luz da Lei 8.953/94, bem como o STF, ainda na vigência da Constituição pretérita já acenavam no sentido de que a fraude à execução, relativa à bem constrito, só se configuraria com o respectivo registro do ato construtivo, estabelecendo que, uma vez verificada a ausência do ato registral, a prova do conhecimento por parte de terceiro era do exequente. Isso porque, a referida Lei teve como objetivo primordial de resguardar o terceiro de boa-fé.³⁷ Nesse mesmo sentido, caminhou a jurisprudência do STJ à luz da Lei 10.444/2002.³⁸

O §4º do art. 659, introduzido pela Lei 8.953/94, já havia sido alterado pela Lei 10.444/2002. A Lei 11.382/2006 ocupou-se novamente do dispositivo, dando-lhe nova redação: *“A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata*

³⁷ Nesse sentido, nos permitimos transcrever a seguinte ementa: “PROCESSO CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE BEM CONSTRITO. AUSÊNCIA DE GRAVAME NO REGISTRO DO IMÓVEL. DESCARACTERIZAÇÃO. ART. 659, § 4º CPC. ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIO - JURISPRUDENCIAL. RECURSO ACOLHIDO. I - Para a caracterização da fraude de execução, relativa à alienação de bem constrito, é indispensável a inscrição do gravame no registro competente, cabendo ao exequente, na ausência desse registro, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem. II - Exatamente para melhor resguardar o terceiro de boa-fé, a reforma introduzida no Código de Processo Civil pela Lei 8.953/94 acrescentou ao art. 659 daquele estatuto o § 4º, segundo o qual, "a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro". (REsp 186633/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T, j. 29.10.1998)

³⁸ Assim, foi o que decidiu o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, à luz da Lei 10.444/2002, cuja ementa nos permitimos transcrever: “PROCESSO CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO (CPC, ART. 593-II). ALIENAÇÃO APÓS A CITAÇÃO MAS ANTERIOR A CONSTRICÇÃO. CIÊNCIA DO ADQUIRENTE DA DEMANDA EM CURSO. ÔNUS DO CREDOR. PROVA. RECURSO ACOLHIDO. I – Em se tratando de fraude de execução, impõe-se identificar a espécie, tantas são as hipóteses do complexo tema, sendo distintas as contempladas nos incisos do art. 593, CPC. II – Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso. III – Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593-II, CPC, que deve ser demonstrada pelo credor. (REsp 489346/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T, j. 06.05.2003).

intimação do executado (art. 652, §4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiro, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial”.

Alguns pontos já encontravam-se quase que tranquilos nas jurisprudência e na doutrina: (i) o registro da penhora não era pressuposto de eficácia do ato constitutivo, mas sim ato que tinha como finalidade dar publicidade em relação a terceiros; (ii) o terceiro adquirente de imóvel tem legitimidade para apresentar embargos de terceiros, mesmo que sem o registro do seu contrato preliminar; (iii) o registro da penhora não era imprescindível para caracterização da fraude à execução, posto que nestes casos, competia ao exequente comprovar o conhecimento do ato constitutivo ou da ação ajuizada por parte do terceiro adquirente.

De início, a Lei 11.382/2006 substituiu a palavra “registro” por “averbação”. A finalidade da lei, como afirma Cássio Scarpinella Bueno “*é tornar ainda mais célere – porque já se dispensava, para a prática deste ato, qualquer formalidade ou mandado judicial, suficiente a certidão comprobatória da penhora (art. 13, II, da Lei n. 6015/1973 – Lei de Registros Públicos) – e menos onerosa a notícia da existência da penhora na matrícula do imóvel com vistas, vale repetir, a evitar ou reduzir a ocorrência de alienações fraudulentas*”.³⁹

³⁹ Cássio Scarpinella Bueno. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.*, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 138-139, vol. 3

Toda controvérsia gira em torno de se saber se o registro da penhora é ou não pressuposto indispensável à caracterização da fraude na alienação do bem imóvel penhorado.

Vimos, ao longo desse estudo, que a determinação do registro da penhora de bem imóvel surgiu, formalmente, com a inclusão, pela Lei 8.953/94, do §4º ao art. 659. Entretanto, mesmo antes disso, verificamos nos julgados colacionados que o registro constituía prova segura e suficiente para elidir a presunção de boa-fé do adquirente do bem imóvel penhorado. A respeito, consolidou-se na jurisprudência que, ante a ausência de registro da penhora, para que configure a fraude à execução, impõe-se ao credor o ônus de provar que o adquirente tinha ciência da constrição que pesava sobre o imóvel.⁴⁰

Mais recentemente, a par de toda discussão que ainda existia na doutrina, o STJ manteve o seu posicionamento no sentido de proteção do terceiro

⁴⁰ Assim: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA EM IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO EM CARTÓRIO. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE. TRANSAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA Nº 84/STJ. PRECEDENTES. 1. Recurso especial interposto contra acórdão que reconheceu não ter ocorrido fraude à execução, já que à época em que celebrada a venda do imóvel, não havia registro da penhora no cartório imobiliário. 2. O art. 129, § 9º, da Lei nº 6.015/73 dispõe que: “Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: § 9º Os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento”. 3. Todavia, sobrelevando a questão de fundo sobre a questão da forma, a jurisprudência desta Casa Julgadora, como técnica de realização da justiça, tem imprimido interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Tal característica está assente na Súmula nº 84/STJ: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”. 4. “O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus 'erga omnes', efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do 'consilium' 'fraudis' não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos persecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante. (REsp nº 31321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16/11/1999) 5. Não há que se falar em fraude contra credores se, quando da alienação do bem, não havia registro de penhora. Para tanto, teria que restar nos autos provado que o terceiro adquirente tinha conhecimento da demanda executória, o que não ocorreu no caso em apreço. Precedentes.6. Recurso especial não-provido. (REsp 791104/PR, Rel. Min. José Delgado, 1ª T, j. 06.12.2005, DJ 06/02/2006).

adquirente de boa-fé, mesmo na ausência de registro do ato constitutivo ou do ajuizamento da ação. Impende ressaltar que houve alteração no entendimento daquela Corte, no sentido de que para a caracterização da fraude à execução não basta o ajuizamento da execução, exigindo para a sua configuração a existência de penhora registrada ou ao menos a citação na execução.⁴¹

Assim, podemos colacionar a ementa proferida no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1046004, de relatoria do Min. Humberto Martins: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS DE TERCEIRO – ALIENAÇÃO DE IMÓVEL SEM REGISTRO NO CARTÓRIO – FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL NÃO CARACTERIZADA – PRECEDENTES. 1. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em consilium fraudis. 2. Não-demonstrado que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado. Precedentes. Agravo regimental improvido”.⁴²

Verifica-se, portanto, que para aquela Corte, não era suficiente o mero ajuizamento da ação ou a citação válida do executado para configuração da fraude na alienação do bem à terceiro. Torna-se imprescindível, por ser prova segura e apta a elidir a presunção de boa-fé, o registro, seja da ação, seja do

⁴¹ REsp 734280/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T, j. 01.03.2007, DJ 15.03.2007. No mesmo sentido: “ (...). 3. Não basta a citação válida do devedor para caracterizar a fraude à execução, sendo necessário o registro do gravame no Cartório de Registro de Imóveis-CRI ou no Departamento de Trânsito-Detran, dependendo do caso. 4. Recurso especial não provido. (REsp 944250/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T, j. 07/08/2007, DJ 20/08/2007 p. 264)

⁴² AgRg no REsp 1046004/MT, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T, julgado em 10.06.2008, DJe 23.06.2008

ato construtivo, no Cartório Imobiliário. Na ausência do registro, o ônus de comprovação do conhecimento por parte do terceiro adquirente recai sobre o executado.⁴³

Resta claro, diante de todos os julgados analisados, que o Superior Tribunal de Justiça, diante de todas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes, pacificou o seu entendimento no sentido de que não basta apenas a ação promovida ou a citação válida para configurar a fraude à execução. Torna-se necessário, mais do que isso, que haja registro do ato de penhora, por configurar este, prova segura de conhecimento por parte de terceiro.

Essa evolução da jurisprudência acabou por consolidar o enunciado 375 do STJ, uma vez que como demonstrado, as três Turmas integrantes do STJ já firmaram o entendimento até aqui exposto, representando o pensamento da Primeira Turma o Resp 739.388, de relatoria do Min, Luiz Fux, que passamos a transcrever:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BEM ALIENADO A TERCEIRO DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA

⁴³ Para a Quarta Turma do STJ, por exemplo, era unânime o entendimento de que para a configuração da fraude à execução tornava-se necessário a inscrição da penhora no cartório competente. Nesse sentido, cf: “PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO NA PENDÊNCIA DE EXECUÇÃO. CPC, ART. 593, II, E 659, § 4º. INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA. BOA-FÉ PRESUMIDA DOS TERCEIROS ADQUIRENTES. I. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que não basta à automática configuração da fraude à execução a mera existência, anteriormente à venda de imóvel, de ação movida contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, somente admitindo tal situação quando já tivesse, então, havido a inscrição da penhora no cartório competente (art. 659, § 4º, do CPC). II. Recurso especial desprovido. (REsp 943591/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T, julgado em 19.06.2007, DJ 08/10/2007). Não era outro o entendimento preconizado pela 3ª Turma do STJ, como podemos observar no REsp 921160/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T, julgado em 08.02.2008, DJe 10.03.2008, e pela 2ª Turma no julgamento do REsp 810170/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T, julgado em 12.08.2008, DJe 26.08.2008

DE TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO NO REGISTRO DE IMÓVEIS.

1. Alienação de bem imóvel pendente execução fiscal. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução. 2. Deveras, à luz do art. 530 do Código Civil sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato *inter vivos*, onerosos ou gratuitos, posto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico, não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária. 3. Todavia, a jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro". 4. "O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus 'erga omnes', efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do 'consilium' 'fraudis' não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos persecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o

bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante. (REsp nº 31321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16/11/1999) 5. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude in re ipsa, senão pelo conhecimento erga omnes produzido pelo registro da penhora. Sobre o tema, sustentamos: "Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma execução criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca ratio legis que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. 'É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora'. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus." (Curso de Direito Processual Civil, Luiz Fux, 2ª Ed., pp. 1298/1299), 6. Precedentes: Resp 638664/PR, deste Relator, publicado no DJ: 02.05.2005; REsp 791104/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, publicado no DJ

06.02.2006;REsp 665451/ CE Relator Ministro CASTRO MEIRA DJ 07.11.2005, Resp 468.718, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 15/04/2003; AGA 448332 / RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 21/10/2002; Resp 171.259/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 11/03/2002. 7. In casu, além de não ter sido registrada, a penhora efetivou-se em 05/11/99, ou seja, após a alienação do imóvel pelos executados, realizada em 20/04/99, devidamente registrada no Cartório de Imóveis (fls. 09) data em que não havia qualquer ônus sobre a matrícula do imóvel. Deveras, a citação de um dos executados, ocorreu em 25/03/99, sem contudo, ter ocorrido a convocação do outro executado. 8. Recurso especial provido”.⁴⁴

5. O registro nos termos do enunciado 375 da Súmula do STJ e a presunção absoluta.

Nos termos do art. 659, §4º, à luz da alteração promovida pela Lei 11.382/2006, para presunção absoluta de conhecimento por parte de terceiro se faz necessário a averbação do ato construtivo, ao passo que pela Enunciado 375 da Súmula do STJ, para o reconhecimento da fraude à execução imperioso se faz o registro da penhora do bem alienado.

Cumpre-nos identificar a finalidade da disposições contidas no art. 659, §4º do Código de Processo Civil e a letra da Súmula 375 do STJ.

⁴⁴ REsp 739388/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, j. 28.03.2006, DJ 10.04.2006. No mesmo sentido, cf. Resp 865974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T, j. 02.09.2008.

De acordo com Wilson de Souza Campos Batalha, em seus comentários à Lei de Registros Públicos, “*na expressão registro englobam-se a transcrição e a inscrição, a que aludem as leis civis (art. 168). (...) A averbação destina-se à menção de circunstâncias relevantes pertinentes a imóveis registrados*”.⁴⁵

Da análise dos arts. 182 e seguintes da Lei de Registros Públicos extraímos que o processo de registro é complexo e dispendioso. O art. 239 determina que o registro da penhora somente ocorrerá após o pagamento das custas e estabelece a presunção de fraude de qualquer transação posterior, ao passo que a averbação é procedimento mais simples, visto que, nos termos do art. 13 da Lei 6.015/73, as averbações poderão ser efetivadas de ofício, se não houverem sido requeridas; já os registros serão praticados por ordem judicial, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, quando a lei autorizar.

Assim, com a penhora, efetua-se uma alteração no registro do imóvel. Essa alteração é a averbação. À luz da Súmula 375 do STJ, deve-se interpretar o termo “registro” como “averbação”, em nome do princípio da efetividade e celeridade processual. Não por outra razão, da análise dos precedentes que originaram o referido enunciado, conclui-se que o objetivo da exigência do registro da penhora é dar publicidade ao ato construtivo, evitando, assim, as alegações, muitas vezes, infundadas, de fraude à execução.

Antonio Macedo de Campos, em seus comentários à Lei de Registros Públicos, afirmou que “*a finalidade da averbação é levar ao conhecimento de terceiros a modificação havida no ato, mas sem influir na natureza ou causa*

⁴⁵ Comentários à Lei de Registros Públicos., 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 471.

que legitimou o registro”.⁴⁶ Porém, essa também é a finalidade do registro, uma vez que ele gera publicidade *erga omnes* da constrição judicial e faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior, segundo o art. 240 da Lei 6.015.

Podemos observar, a par dessas considerações, que o enunciado, ao expressar a palavra “registro”, não pretendeu divisar registro de averbação, mas sim identificar a necessidade de inscrição do ato constritivo, com o objetivo de tornar público a todos, de modo mais célere. Não podemos deixar de mencionar que a atividade registral é regida pelo princípio da inscrição, segundo o qual a constituição, transmissão, modificação ou extinção dos direitos reais sobre imóveis só operam entre vivos, mediante sua inscrição no registro.⁴⁷

Luis Rodrigues Wambier, Teresa A. A. Wambier e José Miguel Garcia Medina, ao comentar o art. 615 – A, afirmam que “(...) *com registro da certidão de distribuição da execução, pode-se obter, perante terceiro, um efeito prático parecido ao da averbação da penhora (art. 659, §4º). É que não poderá o terceiro que adquire o bem, após a averbação a que se refere o art. 615-A alegar que desconhecia a existência da ação de execução*”.⁴⁸ Isso quer nos mostrar que devemos nos ater a finalidade do ato de transcrição, pois seja pelo registro, seja pela averbação, ambos fazem prova segura de conhecimento.

⁴⁶ Antonio Macedo de Campos. *Comentários à Lei de Registros Públicos.*, São Paulo - Bauru: Javoli, 1977, vol. 3, p. 385.

⁴⁷ Afrânio de Carvalho. *Registro de Imóveis*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 137.

⁴⁸ Cf. *Breves comentários à nova sistemática processual 3*. São Paulo: RT, 2007, p. 74.

Por fim, atendendo a celeridade imprimida pelo procedimento de averbação, e sua função de apenas acrescentar circunstância relevante à matrícula do imóvel, tornando-se assim, ato acessório mas de grande importância, é de interpretar a expressão “registro” imprimida no enunciado 375 do STJ como “averbação”. Não foi outra a intenção do legislador de 2006 que promoveu a alteração das expressões no art. 659, §4º do Código de Processo Civil.

Não por outra razão, Cássio Scarpinella Bueno, a propósito da alteração promovida pela Lei 11.382/2006, que substituiu, no art. 659, §4º do CPC a palavra registro por averbação, afirma que *“a finalidade da lei foi tornar ainda mais célere – porque já se dispensava, para a prática deste ato, qualquer formalidade ou mandado judicial, suficiente a certidão comprobatória da penhora – e menos onerosa a notícia da existência da penhora na matrícula do imóvel com vistas, vale repetir, a evitar ou reduzir a ocorrência de alienações fraudulentas. Não há mais necessidade, para este fim, do registro da penhora (art. 167, I, n. 5, da Lei 6.015/1973), suficiente a sua averbação, que passa a ser autorizada pelo dispositivo em comento, não obstante não Ter havido nenhuma modificação na precitada Lei de Registros Públicos”*.⁴⁹

No que toca à presunção absoluta prevista no art. 659, §4º do CPC, já se levantaram vozes no sentido de sua inconstitucionalidade.

De acordo com Gelson Amaro de Souza, a norma supra referida *“procurou ressucitar a velha, antiga e ultrapassada figura da presunção absoluta. A*

*CR/88, reconhecida por ser Constituição avançada, democrática e humanista, fazendo juz a esse reconhecimento, aboliu do meio jurídico a figura deplorável da presunção absoluta (...). Hoje, o direito de defesa e o direito à produção de provas são garantias constitucionais que não podem mais ser afastadas pela legislação ordinária (art. 5º. LIV e LV, da CF)”.*⁵⁰⁻⁵¹

Podemos observar que por muito tempo perdurou a discussão no sentido de prestigiar o direito real ou o direito pessoal do terceiro adquirente que não registrou o contrato preliminar ou o instrumento de aquisição do imóvel, sendo o tema central a boa-fé ou ma-fé por parte do adquirente. Em meados da década de 90 começou a firmar o entendimento no sentido de que o registro do ato constitutivo era prova apta e segura a elidir a boa-fé do terceiro adquirente.

Wlater Cenevia, a propósito do disposto no art. 240 da Lei de Registro Público, afirma que *“a interpretação deste artigo tem sido objeto de discussão, a contar da exegese adotada pelo Conselho Superior da Magistratura, em São Paulo, de que penhora anterior à alienação do bem pode ser registrada após o registro aquisitivo do adquirente e junto a este. Essa corrente aceita que, feito negócio pertinente imóvel, o adquirente tem o dever de obter prévias certidões forenses esclarecedoras da situação do alienante. Denunciada por elas a penhora – ainda não levada ao cartório imobiliário – e público que é o processo, aberto ao conhecimento de todos, o*

⁴⁹ Cf. *A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 3, p.138.

⁵⁰ Penhora e averbação – inconstitucionalidade dos §§4º e 5º do art. 659 do CPC *in* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 28., Magister: Porto Alegre, 2009, p. 70.

⁵¹ Antonio Macedo de Campos, ao comentar o art. 240 da Lei de Registros Públicos, afirma que “mais uma vez evidencia o diploma o poder do Registro, pois o da penhora faz prova cabal, na hipótese de qualquer transação posterior, de que ela (a transação) foi feita com fraude. Este entendimento, manifestado expressamente no art. 240 da Lei de Registros Públicos evita qualquer discussão a respeito da boa ou má-fé por parte do proprietário do imóvel. Em síntese, registrada a penhora, qualquer transação posterior é tida, para

adquirente não se pode escusar, alegando boa-fé. Deve ser atingido pelo registro da penhora. Com esse caminho introduz-se uma quebra inaceitável do sistema: afasta-se a predominância do direito real e se dá realce ao pessoa, inerente à penhora não registrada. É interpretação contrária à letra do art. 240. Deste resulta a afirmação positiva de que só o registro da penhora faz prova, quanto à fraude, de transação posterior e que, a contrário, enquanto inexistente o registro, não se a pode alegar, por força da lei. Lançada a penhora nos assentamentos do cartório de imóveis só então será conhecível pelo outorgado comprador de modo apto a repercutir na esfera de seu direito”.⁵² A intenção do disposto no art. 240 foi amenizar ou atenuar a grande discussão doutrinária e jurisprudencial que havia a respeito do tema.

Contudo, não se pode olvidar que a inscrição do ato constitutivo, muitas vezes pode não corresponder à realidade. Tanto é que a própria lei prevê procedimentos relativos ao cancelamento, anulação e alteração de registros e averbações. Vale dizer, diante disso, não se pode afirmar que o ato registral goza de presunção absoluta de veracidade.

O registro tem por finalidade constituir ou declarar o direito real, através da inscrição do título respectivo, dotando as relações jurídicas de segurança e dando publicidade *erga omnes*. Nicolau Bueno Filho, ao analisar a função registral nos mostra que esta constitui em uma pretensão constante de que “*o Registro seja uma fiel reprodução da realidade dos direitos imobiliários. A vida material dos direitos reais, bem como a sua vida tabular, deveriam-se desenvolver paralelamente, como se a Segunda fosse espelho da primeira.*

todos os efeitos legais, como fraudulenta e, portanto, passível de anulação”. *Comentários à Lei de Registros Públicos.*, São Paulo - Bauru: Javoli, 1977, vol. 3, p. 380

⁵² Walter Ceneviva. *Lei dos registros públicos comentada*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p.523.

*Com efeito, esta é uma ambição difícil de se concretizar, mas em se tratando de um ideal, nada é impossível: basta preservar”.*⁵³

A atividade registral, por outro lado, encontra-se calcada no princípio da boa-fé, que tem como fundamento o art. 1.231 do Código Civil, segundo o qual “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. Desta forma, presume-se que tudo o que estiver escrito no Registro de Imóveis tem presunção de veracidade, até prova em contrário, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Não por outra razão, Walter Ceneviva nos mostra que a “*autenticidade é qualidade do que é confirmado por ato de autoridade; de coisa, documento ou declaração verdadeiras. O registro cria presunção relativa de verdade. É ratificável, modificável e, por ser o oficial um receptor da declaração de terceiros, que examina segundo critérios predominantemente formais, não alcança o registro o fim que lhe é determinado pela definição legal: não dá autenticidade ao negócio causal ou ao fato jurídico de que se origina*”.⁵⁴

Deste modo, a presunção que a inscrição do ato constitutivo cria é relativa, vale dizer, até prova em contrário ela reproduz a inteira verdade. Não estamos aqui, discutindo a eficácia da inscrição, mas o que não podemos deixar de esquecer é a possibilidade de expedição de certidões negativas por engano ou erro, quando já existe penhora ou outro ônus averbado na matrícula.

⁵³ Nicolau Balbino Filho. *Direito Imobiliário Registral*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.35.

⁵⁴ Cf. *Leis dos registros públicos comentada*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, p.4.

Marcelo Augusto Santana de Melo, a propósito, nos explica que “*o sistema registrário brasileiro possui apenas o princípio da legitimação, uma vez efetuada a inscrição, surge uma presunção iuris tantum de exatidão e veracidade, que opera enquanto não se comprove o contrário*”.⁵⁵

Assim, devemos entender o enunciado da Súmula 375 no sentido de que o reconhecimento da fraude depende do registro da penhora. Uma vez registrada e não existindo prova em contrário, resta elidida a boa fé do adquirente caracterizando a fraude à execução. E, na ausência do registro, compete ao exequente provar a má-fé do terceiro adquirente.

A presunção, a que se refere o §4º do art. 659 do Código de Processo Civil, por força dos princípios norteadores do sistema registral, deve ser relativa, e não absoluta, conforme se verificou.

6. Conclusão

Em nossos estudos, focamos especialmente a redação da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, sem nos ater na análise das hipóteses de caracterização de fraude à execução.

Percebemos, ao longo de nossos estudos, que a doutrina e a jurisprudência, durante anos, debatiam sobre a proteção da boa-fé do terceiro adquirente que não registrou o título aquisitivo da propriedade.

⁵⁵ Marcelo Augusto Santana de Melo. O registro de imóveis e o princípio da fé pública registral *in* Revista de direito imobiliário., v. 63, p. 63, São Paulo: RT, jul/dez. 2007

Entendemos, por fim, que a Súmula 375, nada mais fez do que prestigiar a proteção do terceiro de boa-fé, impondo ao exequente o ônus de comprovação da má-fé do adquirente, na hipótese de ausência de registro do ato constitutivo.

Assim, afirmamos que o reconhecimento da fraude opera-se não apenas pelo ingresso em juízo, por parte do exequente ou ainda pela citação válida. Torna-se imprescindível o registro do ato constitutivo para caracterização da fraude à execução

Contudo, nos cumpriu observar que o registro opera presunção relativa, de modo que o interessado pode fazer prova no sentido de demonstrar a sua boa-fé ainda que diante da existência de registro.

Isso não quer significar que a demonstração do elemento subjetivo colocou a fraude à execução em pé de igualdade com a fraude a credores, mesmo porque muitos elementos a distinguem, em especial o momento de sua ocorrência.

Desta forma, entendemos pertinente o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista as discussões que se travaram ao longo do tempo, desde que compreendidas no contexto exposto por este estudo, sem deixar consignado, entretanto, que surgirão muitas outras questões a serem debatidas, não esgotando, aqui, todas as possibilidades existentes.

7. Referências

ASSIS, ARAKEN DE. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

- BALBINO FILHO, NICOLAU. *Direito Imobiliário Registral*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BATALHA, WILSON DE SOUZA CAMPOS. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAHALI, YUSSEF SAID. *Fraude contra credores*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- CAMPOS, ANTONIO MACEDO DE. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. vol. 3. São Paulo/Bauru: Javoli, 1977.
- CARVALHO, AFRÂNIO DE. *Registro de Imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CERNEVIVA, WALTER. *Lei dos registros públicos comentada*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.
- COSTA, JUDITH MARTINS. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico *in: Revista dos Tribunais*. n° 680, ano 81, junho de 1992, pp. 50-51.
- _____. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, *in: TEPEDINO, GUSTAVO (org.). Direito Civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 57-95.
- DIDIER JR., FREDIE; CUNHA, LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. vol. 5. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERREIRA, WILLIAM SANTOS. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- FUX, LUIZ. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LIMA, ALVINO. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.
- LISBOA, ROBERTO SENISE. *Manual de direito civil*. vol. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MELO, Marcelo Augusto Santana. O registro de imóveis e o princípio da fé pública registral *in Revista de Direito Imobiliário*, jul/dez 2007, vol. 63, p. 53-81.
- NERY JUNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- SOUZA, GELSON AMARO DE. Penhora e averbação – inconstitucionalidade dos §§ 4.º e 5.º do art. 659 do CPC, *in: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n. 28. Porto Alegre: Magister, 2009.
- WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: O que é uma decisão contrária à lei?*. São Paulo: RT, 2001.
- _____; WAMBIER, LUIZ RODRIGUES; MEDINA, JOSÉ MIGUEL GARCIA. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 1*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- _____; _____. *Breves comentários à nova sistemática processual 3*. São Paulo: RT, 2007.

