



A FRAUDE À EXECUÇÃO NAS SITUAÇÕES DE INSOLVÊNCIA E A SIMULAÇÃO NO PRISMA DA LEI 13.097/15

Adelino Borges Ferreira Filho¹
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral²

RESUMO

Com a nova legislação sob análise e o advento do Novo Código de Processo Civil, questiona-se a possibilidade e eficácia da simulação nos negócios de compra e venda de ativos imobiliários e o reconhecimento de fraude à execução, com a alteração do paradigma, que exige maior zelo do credor. Torna-se fundamental o reconhecimento do *consilium fraudis* como elemento viciador do negócio jurídico simulado. Delimitado o objeto e o objetivo, apresenta-se o método hipotético-dedutivo para verificar o amoldamento da proposição-tese à questão problema suscitada. Verifica-se que a simulação, caracterizada pelo *consilium fraudis* é imperativo do reconhecimento da fraude à execução.

Palavras-chave: Fraude à execução; Simulação; Lei 13.097/15; Registro da Penhora; Zelo do Credor.

THE FRAUD AGAINST EXECUTION AND SIMULATION IN INSOLVENCY SITUATIONS IN THE PRISM OF THE 13.097/15

ABSTRACT

With the new legislation under review and the advent of the New Code of Civil Procedure, the possibility and efficacy of the simulation in buying and selling real estate assets and the recognition of execution fraud, with the paradigm change, is questioned. The recognition of *consilium fraudis* is fundamental as an element of the simulated business. Once the object and the objective are delimited, the hypothetical-deductive method is presented to verify the conformity of the proposition-thesis to the problem question raised. It is found that the simulation, characterized by *consilium fraudis*, is imperative to recognize fraud to execution.

Key-words: Fraud against execution; Simulation; Law 13.097/15; Record of attachment; Zeal of the Lender.

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do CPC/15 e sua base principiológica, ampliou-se de forma exponencial a interface do Direito Processual Civil com as demais áreas jurídicas, sobretudo, com o Direito Negocial. A velocidade e a rapidez com que os negócios jurídicos se operam

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR (UEL). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina/PR. Advogado. adelino@bflaw.adv.br.

² Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e do Curso de Graduação e Pós Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina/PR (UEL). anaclaudiazuin@live.com





atualmente exigem das partes, do judiciário e do legislador respostas e condutas mais rápidas e apuradas, com vistas a dar o rápido andamento que se espera da esfera negocial. Em razão disto é que houve significativa alteração na disciplina processual da fraude à execução, a qual guarda significativa interação com a simulação do negócio jurídico, onde a manifestação de vontade do adquirente é viciada pela ocultação da real intenção do negócio: a evasão patrimonial do devedor.

Já com o advento da Lei 13.097/15, passou-se a exigir um cuidado muito maior do credor para com o seu crédito, sobretudo no que diz respeito aos bens imóveis sujeitos a registro. Anteriormente, a mera citação do devedor em processo de execução, poderia ensejar o reconhecimento de fraude contra a execução em razão de qualquer bem que viesse a deixar o rol de ativos da empresa ou da pessoa física após a citação. Com o advento da nova legislação, os bens imóveis sujeitos a registro, poderão ser livremente alienados, ainda que haja citação válida do devedor em processo de execução, sem que haja o reconhecimento de fraude à execução. Agora, para o reconhecimento desta é necessário que o credor registre a citação no órgão competente (ex. registro de imóveis), para que os bens não possam ser livremente dispostos. Passou-se do paradigma da fraude ao paradigma do dever de diligência com o próprio crédito, em razão de conferir maior celeridade e agilidade a seara negocial, transferindo ao credor a responsabilidade acautelatória do crédito, reduzindo desta forma, substancialmente, o dever de cautela do adquirente e as obrigações dos serviços notariais.

Neste viés, surge como questão problema a possibilidade de simulação de negócios jurídicos de compra e venda de ativos imóveis, por parte de devedores empresariais para resguardar o patrimônio das empresas e até mesmo, seu patrimônio pessoal. À luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei 13.097/15, bem como em relação aos vícios sociais do negócio jurídico, pretende-se aportar o instituto do *consilium fraudis* como elemento caracterizador (na presença da simulação) para autorizar, ainda que ausente o registro de citação em processo executivo, o reconhecimento da fraude à execução. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo para verificar o amoldamento da proposição-tese à questão problema suscitada, justificada a presente pesquisa pela relevância temática no que diz respeito aos impactos na esfera negocial e processual, decorrentes da aplicação da Lei 13.097/15 para revestir de legalidade determinados negócios jurídicos viciados pela simulação, que poderiam afastar pretensões creditórias legítimas em razão de atuação desleal de uma das partes do negócio.





2 A FRAUDE À EXECUÇÃO SOB O PRISMA DA LEI 13.097/15 E DO CPC/2015

Após a breve contextualização trazida, passa-se à análise dos aspectos inovadores da Lei 13.097/15, dentre os quais, importa ao presente estudo a exigência de averbação da citação válida do devedor em processo executivo, pelo credor, para que se possa falar em fraude à execução. Assim dispôs a referida norma:

Art. 54. 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.

Parágrafo único. 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 (PLANALTO, LEI 13.097, 2015).

Já o Novo Código de Processo Civil de 2015, traz igualmente importantes apontamentos sobre a temática em análise, aqui colacionadas:

Art. 792. 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 (PLANALTO, LEI 13.105, 2015).

E prossegue a Lei Processual, quanto aos ditames específicos aplicáveis:





§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 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.

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias (PLANALTO, LEI 13.105, 2015).

Com esta nova regra aplicada aos casos práticos, surge como possibilidade, a alienação de bem imóvel por parte de devedor, após a citação em ação executiva, sem ofensa à norma jurídica. Anteriormente, tal alienação só poderia ser feita, acompanhada das certidões de feitos distribuídos e havendo ações executivas distribuídas, estaria impedido o devedor de alienar seus bens, assim como, não poderia ser considerado o terceiro como de boa-fé diante destas circunstâncias.

A má-fé, nestes casos, seria presumida em razão do suposto dever de diligência do terceiro adquirente em obter as certidões de feitos ajuizados no momento da tradição do bem. E é neste ponto que surge certo empasse doutrinário e jurisprudencial, em especial, quanto ao ânimo negocial das partes, objeto de análise do presente estudo.

A ruptura com o antigo paradigma de presunção de má-fé quando da realização de negócios jurídicos havidos por devedor que sabidamente (por meio de citação) possui ações executivas contra si, leva a um novo prisma processual e negocial: o da relativização da má-fé em razão do próprio dever de diligência atribuído ao credor pelas normas em análise.

Ao obrigar que o credor registre as situações jurídicas na matrícula do imóvel para que estas sejam oponíveis perante terceiros, o legislador criou obrigação nova na seara creditória, retirando do terceiro adquirente o dever de cautela em relação à realização do negócio jurídico. Isto, apesar de prover grande agilidade aos negócios, acaba por deixar uma lacuna, que pode ser explorada por devedores que pretendem ocultar ou resguardar bens de forma escusa, revestindo negócios jurídicos simulados de legalidade aparente, conforme será verificado.





Antes de avançar na análise da simulação do negócio, se faz pertinente o estudo topográfico das principais correntes doutrinárias quanto à interpretação dos dispositivos legais pertinentes.

Ao analisar o tema, Leonardo Brandelli (2016, p. 106-108) afirma que o CPC/2015, “em seu art.792, juntamente com o art.54 da Lei 13.097/2015” trouxe um “novo relevo jurídico” à temática da fraude à execução. Conclui seu entendimento em razão de que “não é possível haver alguma situação jurídica que seja oponível contra terceiros que não participaram da relação jurídica que a engendrou, sem que tais terceiros não tenham tido a possibilidade de dela tomar conhecimento”.

Em prosseguimento, é categórico o autor:

Em matéria imobiliária, o Registro de Imóveis é o órgão de publicidade. É nele que se concentram todas as informações acerca de imóveis, que permitem que a pessoa interessada tome delas conhecimento facilmente assim que desejar, razão pela qual de tal publicidade decorre a cognoscibilidade. [...] Assim, fere a razoabilidade jurídica pretender imaginar que a existência de uma ação não publicizada registralmente possa ser oposta a um terceiro que dela não participa. Ele não tem o dever de conhecê-la, e a única diligência que lhe é exigida em se tratando de bens imóveis é a tomada de conhecimento do que consta no registro imobiliário, onde devem estar concentradas as informações jurídicas relevantes, inclusive processuais (art. 792 do NCPC e art. 54 da Lei 13.097/2015). [...] Desse modo, muito bem andou o legislador em levar a publicidade registral para o cerne do suporte fático da fraude à execução, transformando-a em um requisito essencial, sem o qual não pode haver o seu reconhecimento, salvo se a publicidade tiver in caso eficácia declarativa, e houver a prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento, antes de adquirir, da situação fraudulenta (BRANDELLI, 2016, p. 109).

Com base na posição doutrinária exposta, sustenta-se a possibilidade do terceiro adquirente apenas consultar as informações sobre o imóvel constantes da matrícula do Registro Imobiliário – e não havendo o registro de quaisquer situações jurídicas oponíveis – comprovar sua boa-fé. A possibilidade de compilação, pelo serviço notarial, das informações jurídicas relevantes é outro ponto importante, dispensando outras diligências por parte do adquirente. Esta posição aponta para a superação do dogma doutrinário pretérito, no sentido da necessidade de obtenção do adquirente de outras certidões e diligências, tais como certidões do cartório distribuidor, protestos, certidões negativas da Justiça Federal e do Trabalho, dentre outras, para somente então, ser reputado como adquirente de boa-fé.

Ao comentar a necessidade de certidões adicionais da norma pretérita, de José de Mello Junqueira (2016, p. 64-65) assevera que:





Irrelevantes, e assim tem a prática confirmado, as certidões apresentadas perante o tabelião quando da lavratura de uma escritura de aquisição de direitos reais sobre imóveis, uma vez que não exaurem as hipóteses todas de eventual responsabilidade patrimonial da pessoa.

Daí porque a necessidade de os credores se preocuparem em garantir seus créditos separando este ou aquele imóvel, por meio da publicização registral de fatos que possam vir afetar o patrimônio do eventual devedor.

Consolida-se a tese de que devem ser concentrados no Registro todas as situações jurídicas que envolvem o imóvel, a ponto de não serem atingidos direitos de terceiros de boa-fé, se desconhecida a existência dessas ações por intermédio da publicidade registral.

Na mesma esteira prossegue o autor ao comentar o parágrafo único do artigo 54 da Lei nº 13.097/2015:

O dispositivo nos leva a afirmar que o legislador previu uma presunção de boa-fé e consequente eficácia do negócio se, quando de sua realização e registro, não constava restrição na matrícula do imóvel, não importando tenha o adquirente se descuidado da procura de existência de ações ou outras medidas restritivas ao patrimônio do alienante. [...] Pelo texto e termos incisivos do parágrafo único, 'não poderão ser opostas', afasta-se qualquer discussão sobre a boa-fé do adquirente, presumindo-se existente. Essa é a principal consequência das medidas adotadas pela Lei 13.097/15, levando o intérprete a reconsiderar o alcance ao artigo 593 do Código de Processo Civil [atual artigo 792 do CPC/2015] (JUNQUEIRA, 2016, p. 65).

Já ao analisar o artigo 792 do CPC/2015 e compará-lo ao artigo 54 da Lei nº 13.097/2015, afirma que as averbações contidas nos registros são:

[...] instrumentos de garantia e segurança para os negócios jurídicos imobiliários que, segundo os fins protagonizados pela própria dicção da lei, prestam-se ao estabelecimento de mecanismos de proteção aos adquirentes e recebedores de direitos reais de garantia, desde que tenham por base os assentos registrais. [...] O Registro de Imóveis indica a coisa, sua propriedade e titularidade, o que, quem e o quanto do direito encerra, até prova bastante em contrário (art. 1.245 do Código Civil). Daí a necessidade de acobertá-lo e dotá-lo de segurança jurídica e credibilidade. Quem adquire com base em uma certidão registral, em princípio tem de ter segurança pelo que lhe foi informado, uma vez que se presume conhecido somente o que constou da certidão e consequentemente do registro e da matrícula (JUNQUEIRA, 2016, p. 67).

Os posicionamentos trazidos revelam nítida alteração de prisma quanto à matéria processual da fraude à execução: de um viés de presunção de má-fé, para um viés de presunção de boa-fé. E no centro desta alteração de polo, está a valorização da concentração dos atos registrais na matrícula.



Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina (2015, p. 1070-1071) define:

Em se tratando de ação que deva recair ou de ato executivo que tenha incidido sobre bem sujeito a registro, a pendência do processo ou o ato construtivo devem ser levados a registro (cf. incs. I a III do art.792 do CPC/2015). [...] o art. 54 da Lei 13.097/2015, e, em alguma medida, também o art.792 do CPC/2015, adotam o princípio da concentração [de] todos os atos ou fatos vinculados a determinado objeto [que] devem ser dados a conhecimento no mesmo órgão [reduzindo o envolvimento de outros] órgãos publicitários, quando tudo deveria convergir para uma única repartição. Sob esse prisma, como regra, só se reconhecerá a fraude à execução se realizada a averbação a que se referem os arts. 54 da Lei 13.097/2015 e os incisos dos arts. 792 do CPC/2015. [...] O CPC/2015, assim, em consonância com a Lei 13.097/2015, optou por proteger os interesses do terceiro que venha a adquirir bens do executado, exigindo, nos casos em que o bem se sujeite a registro, a averbação da pendência do processo ou do ato construtivo para que a alienação ou oneração do bem possa ser considerada em fraude à execução.

Para o autor, o disposto no inciso IV do artigo 792 do CPC/2015 não tem o condão de alterar este entendimento:

Ressalte-se que a necessidade de averbação, no caso do inc.IV do art.792 do CPC/2015, em se tratando de imóveis, decorre do previsto no art. 54, IV da Lei 13.097/2015, e deve ser realizada em consonância com o que dispõem os arts.56 e 57 da mesma lei (MEDINA, 2015, p. 1071).

Guilherme Rizzo Amaral (2015, p. 825), ao analisar o mesmo artigo, aponta que, em sendo o caso de alienação ou oneração de bens, quando tramitava ação capaz de reduzir o devedor à insolvência, no caso de bens sujeitos a registro, aplica-se o contido na Súmula nº 375 do STJ, *in verbis*:

Não tendo sido averbada a existência do processo ou de ato de constrição no registro do bem previamente à alienação ou oneração, terá o exequente que comprovar a má-fé do terceiro adquirente.

Na jurisprudência pátria, diversos são os apontamentos para a evolução do entendimento anteriormente mencionado, dentre as quais, destaca-se inicialmente posicionamento exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde se determinou a aplicação do artigo 792, inc. IV do CPC/2015 às hipóteses de bens não sujeitos a registro, em leitura sistêmica com o disposto no mesmo artigo, parágrafo 2º. A título exemplificativo, destaca-se os fundamentos jurídicos contidos na decisão do Agravo de Instrumento nº 2242367-





65.2016.8.26.0000, da Colenda 12ª Câmara de Direito Privado, em 12/04/2017, sob a relatoria do desembargador Castro Figliolia, que, na exposição das razões do voto, aponta:

A sistemática desenhada pelo novo código demonstra inequívoca preocupação em proteger o terceiro adquirente de boa-fé, ao condicionar a caracterização da fraude à execução à prévia averbação da constrição ou da existência do processo junto ao registro do bem.

É certo que o inciso IV do dispositivo legal em referência não prevê a necessidade de averbação prévia. Contudo, considerado o disposto no §2º, a interpretação sistemática da norma conduz à conclusão de que o referido inciso diz respeito unicamente aos bens não sujeitos a registro. Para esses, dada a impossibilidade de averbação premonitória, deve o adquirente 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. Se assim não fizer, presume-se que tinha conhecimento da existência da demanda contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência a restar caracterizada a fraude de execução.

O inciso II do art. 792 acima transcrito faz menção ao art. 828, segundo o qual o exequente pode obter, no ato da distribuição da execução, certidão para averbação junto ao registro de imóveis, de veículos e de outros bens sujeitos à penhora.

Na mesma linha, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros acerca da penhora o art. 844 do CPC/2015 evidencia que ‘cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante a apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial’.

Se o exequente não tomar tais providências, o reconhecimento da fraude à execução exige a demonstração de má-fé da adquirente, conforme entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula de nº 375 do Superior Tribunal de Justiça, editada antes do CPC/2015, mas que continua aplicável ao novo regime [...] (TJSP, Motivação do Voto no Agravo de Instrumento Nº 2242367-65.2016.8.26.0000).

Vale dizer, o ato de alienar ou onerar bem, na pendência de julgamento de ação capaz de reduzir o devedor alienante à insolvência, por si só, não é capaz de definir a existência de fraude à execução de forma autônoma, sendo necessário para tanto, que o exequente credor, faça prova da seara anímica do adquirente, para comprovar a existência de má-fé por parte deste.

Em outro posicionamento do mesmo TJSP, em sentido próximo, proferido pelo desembargador Luiz Antônio Costa, Apelação nº 1023339-33.2016.8.26.0576, em 19/12/2016, encontra-se a seguinte fundamentação:

Do conjunto probatório carreado aos autos, observa-se que o Embargante adquiriu o bem imóvel diretamente da executada, acautelando-se quando da aquisição ao realizar pesquisa junto ao Registro de Imóvel, onde constatada a inexistência de constrição sobre o bem.



Em princípio, só podem considerar-se ineficazes os atos de disposição ou oneração de bens em fraude à execução se os adquirentes tiverem conhecimento da existência do processo ou houver razões para que não pudessem ignorá-la.

Para manutenção da penhora em relação ao bem imóvel adquirido pelo Apelante deveria haver prova cabal de sua ciência acerca da tramitação da Ação de Execução de Título Extrajudicial contra a vendedora, fazendo com que desaparecesse a presunção de boa-fé existente em seu favor.

Esse entendimento, firmado na esteira de outras decisões, inclusive do STJ, foi recentemente sumulado naquela Corte (Súmula nº 375): “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Necessário destacar, ainda, que a má-fé não pode ser presumida, reclamando a exibição de prova bastante, inexistente nos autos.

Portanto, temos dos autos que: (1) a penhora não foi levada ao registro imobiliário antes da alienação; (2) não há comprovação de relações de parentesco, amizade ou subordinação entre o Apelante e a executada; e (3) não há comprovação de má-fé por parte do adquirente [...]. (TJSP, Acórdão na Apelação Nº 1023339-33.2016.8.26.0576).

Desta forma, percebe-se perfeitamente possível a aquisição de bem imóvel por terceiro adquirente, valendo-se somente da certidão do Registro de Imóveis, sem que presuma-se sua má-fé. Contudo, é recomendável e de bom alvitre a perquirição de demais certidões tradicionais, sempre que possível, como elemento complementar de comprovação da boa-fé negocial, ainda que não mais obrigatório.

3 A SIMULAÇÃO NA COMPRA E VENDA DE ATIVOS IMOBILIÁRIOS E A REVESTIDURA DE (I)LEGALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Após a análise do compêndio legal e doutrinário pertinente ao objeto do estudo, passa-se à análise da presunção de boa-fé propriamente dita e suas possíveis implicações em relação à manifestação de vontade viciada por parte dos negociantes, em se tratando de aquisição de bem imóvel sujeito a registro.

É comum na experiência jurídica, diversos casos em que pessoas jurídicas na eminência de terem expropriados seus bens móveis e imóveis, começam a alienar seu patrimônio à terceiros, em busca de liquidar seus ativos financeiros imobilizados, ou até mesmo, em resguardar (à margem da lei) a posse de seus imóveis, com a transferência da propriedade à terceiro. Classicamente, estes atos negociais poderiam ser entendidos como fraude à execução, em razão da operabilidade da (já superada) presunção de má-fé do terceiro





adquirente, em especial, daquele que não resguardasse a aquisição do bem por diversas certidões e documentos.

Com as alterações trazidas pela nova legislação, fica nítido que para haver oposição aos negócios jurídicos de bens imóveis, é necessária a averbação das ações distribuídas, capazes ou não de levar o devedor à insolvência. Portanto, inexistente qualquer averbação na data de lavratura da escritura pública de compra e venda, inoponíveis são quaisquer situações jurídicas, em especial, a fraude à execução.

Desta posição decorre uma situação problema não verificada pelo legislador, consistente no objeto da pesquisa, ou seja, os negócios jurídicos simulados (ou até mesmo dissimulados) para ocultar bens imóveis da empresa devedora, resguardando bens que deveriam ser entregues para garantir a solvência de créditos.

Para tanto, colaciona-se definição de simulação que é a “discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prática pretendida em concreto” (BETTI, 1969, p. 373-375). Seria desta forma “uma declaração enganosa de vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado” (AMARAL, 2014, p. 564).

Definidos os conceitos pertinentes quanto à simulação, define-se esta como elemento central para a hipótese de reconhecimento de fraude à execução sob o viés da nova Lei, unindo-se à definição do *consilium fraudis*, tem-se que, o ônus de cautela imposto para a prevenção da fraude à execução, ao menos no que diz respeito a bens imóveis, passou a incidir de maneira mais pesada sobre o credor do que sobre o terceiro adquirente, cabendo àquele, para resguardar o seu crédito, providenciar o registro ou averbação, na matrícula do imóvel, de qualquer ato processual que possa vincular o bem, mais cedo ou mais tarde, à satisfação da dívida. Não estando essas informações consignadas na matrícula, presume-se a boa-fé do terceiro adquirente.

Conforme o entendimento de Bruno Mattos e Silva (2015, p.1):

[...] no que se refere à fraude à execução decorrente da existência de ação que possa levar o vendedor de imóvel à insolvência, há uma aparente conflito entre o dispositivo da Lei nº 13.097, de 2015 (que exige averbação e concedeu ao credor prazo para que ela seja efetuada) e o do novo CPC (que não exige expressamente averbação ou registro, mas afirma que o ônus de obtenção das certidões não existe para bem sujeito a registro). Como se tratam de normas de igual hierarquia, pode-se entender que prevalece a disposição da lei mais nova. Contudo, a melhor técnica, no que se refere a imóveis (ao menos quanto aos imóveis com matrícula ou mesmo registro de propriedade anterior à Lei de Registros Públicos), deve prevalecer a norma mais específica, no caso, a Lei nº 13.097, de 2015.





O risco desta nova ótica legal e a nova sistemática de requisitos é o de propiciar a realização de negócios simulados para salvaguardar bem imóvel de devedor. E para que isto não ocorra, há que se ter uma relativização desta presunção de boa-fé em favor do terceiro adquirente.

Fredie Didier Junior (2016, p. 407) começa a elucidar a solução, ao afirmar que, nos casos em que a averbação não seja realizada, “caberá ao exequente o ônus de demonstrar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da pendência do processo ou do ato constitutivo (na linha do enunciado n. 375 da Súmula do STJ)”.

Em prosseguimento, o autor sustenta que:

[...] se o bem não for sujeito a registro, caberá ao terceiro adquirente demonstrar sua boa-fé: demonstrar que adotou as cautelas esperadas de pessoa diligente e de cultura mediana, levantando todas as certidões cabíveis para a aferição do desembaraço do bem, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem (DIDIER, 2016, p. 407).

Resta claro que nas hipóteses dos incisos I a III do artigo 792 do CPC/2015, realizado qualquer tipo de averbação, haverá a presunção absoluta da *sciencia fraudis* por parte do terceiro adquirente, levando ao reconhecimento da fraude à execução e à ineficácia do ato como óbice à satisfação do crédito do exequente. Por analogia, se a averbação não foi ultimada, restará caracterizada tão somente a presunção relativa de boa-fé do adquirente, permitindo prova em contrário, cuja responsabilidade constitutiva será integralmente do exequente.

Não se pode então aderir a uma interpretação extremada da presunção contida no artigo 54, parágrafo único, da Lei nº 13.097/2015, o que criaria uma presunção absoluta de boa-fé por parte de qualquer adquirente, trazendo grave e pesada responsabilidade ao credor, qual seja a do registro imediato da distribuição e do ajuizamento de qualquer demanda executiva. Isto acabaria por fatalmente aproximar o instituto em apreço a um limbo jurídico de revestimento de legalidade a situações jurídicas ilegais e viciadas, como a própria simulação. Em verdade, se o credor não tomasse conhecimento da vontade manifestamente viciada dos negociantes, e dela fizesse prova, jamais poderia afastar a presunção de boa-fé, caso não tivesse procedido à averbação do processo no Registro de Imóvel.

Este espaço para que o exequente credor faça prova da má-fé do terceiro adquirente, tais como a indicação de vínculo parental, preço vil, ausência de pagamento, alienação de bem





único capaz de reduzir o devedor a insolvência, dentre outras, revela importante resguardo jurisprudencial no que tange a eficácia das obrigações e a liquidez dos negócios jurídicos, impondo significativa barreira em razão de manifestações de vontade viciadas e negócios simulados, ao passo que, permite o reconhecimento dos atos de alienação e oneração prejudiciais à satisfação do crédito.

Embora este entendimento esteja mais fortemente consolidado para os bens não sujeitos a registro, Teresa Arruda Alvim Wambier, *et all* (2016, p. 1265) afirmam existir espaço para a interpretação do artigo 792, parágrafo 2º, do CPC/2015, sendo perfeitamente possível a interpretação de que, “deixando o credor de providenciar a averbação, caberia a ele o ônus [e a possibilidade] de provar a má-fé do terceiro”.

Notadamente que o ônus do registro, e o ônus de provar a má-fé do terceiro adquirente ainda permanecem – sob a ótica da nova legislação – nas mãos do credor. Isto decorre em grande parte pelo que apregoa o artigo 54, parágrafo único, da Lei nº 13.097/2015 que protege, textualmente, o “terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre imóvel”. Provar a falta de boa-fé insta em afastar esta proteção jurídica data a título relativo ao terceiro adquirente.

Aliás, da própria dicção do referido diploma, não se pode inferir esta possibilidade. Isto ocorre em razão da aplicabilidade do CPC/2015, que traz escopo suplementar no inciso IV do artigo 792, ao apregoar que há fraude à execução quando houver alienação ou oneração de bem sobre o qual poderia recair futuro ato expropriatório – em razão das regras de responsabilidade patrimonial – capaz de reduzir o devedor alienante à insolvência.

Resolvida a questão quanto a possibilidade de oposição à presunção de boa-fé do terceiro adquirente, perquire-se se a prova em *contrario sensu* pode se dar pela simples indicação de que este deixou de adotar as cautelas de estilo do homem médio (como previsto pela antiga dogmática) ou se esta prova estará muito mais vinculada às características e elementos do negócio jurídico propriamente dito.

Neste ponto, retoma-se a controvérsia quanto a pertinência – ou não – da obtenção das certidões do foro em geral, tais como, dos cartórios distribuidores Estaduais, Federais e do Trabalho, negativa de protesto, tributos municipais, estaduais e federais, além da certidão do Registro de Imóveis – que embora não mais exigidas juridicamente, serviriam como elemento de prova da ausência de boa-fé.





O já referido parágrafo 2º do artigo 792 do CPC/2015 é contundente ao afastar esta necessidade no que tange aos bens imóveis, o que por si só, desautoriza eventuais argumentos quanto à possibilidade de comprovação de boa ou má-fé por meio destas certidões, para fins do objeto deste estudo.

À luz dos novos regramentos, o terceiro adquirente – ainda que animicamente maculado pela simulação negocial – demonstrará presumidamente sua boa-fé com a simples apresentação da certidão do registro de imóveis. O contido nos artigos 828 e 844 do CPC/2015 reforçam este entendimento, à medida que, o primeiro artigo autoriza que o credor averbe nos registros de propriedade do devedor quaisquer pendências de atos constitutivos sob bens do devedor. Desta forma, se o credor não for diligente quanto ao seu próprio crédito, e não houver indícios contundentes de má-fé do adquirente (como anteriormente elencado), não haverá possibilidade de oposição ao negócio jurídico realizado – ainda que simulado – se deste vício não souber o credor ou dele não puder fazer prova.

Vale dizer, seria a aplicabilidade do *venire contra factum proprium* em detrimento do direito creditório, em razão do dever de diligência imposto pelo legislador na nova sistemática. Se o próprio credor não for diligente, cauteloso e ágil no resguardo do seu crédito, não mais caberá ao judiciário reconhecer a existência de vícios e/ou simulações, tendo em vista, o aparente descaso do próprio credor. A publicização do crédito, na nova sistemática, é a barreira para afastar eventuais tentativas de fraude e/ou simulações negociais que possam recair sobre bens do patrimônio do devedor.

Quanto ao aludido artigo 844, tem-se que:

“Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial”.

É categórico o comando normativo, no sentido de que, não havendo diligência por parte do credor, este nada mais poderá reclamar, se disto não puder comprovar. Contudo, Rodrigo Mazzei e Leriâne Drumond Bento (2016, p. 159) afirmam que o referido artigo 844 do CPC/2015, se não interpretado de forma adequada, pode conduzir a um “ambiente pernicioso”. Sustentam que não se pode interpretar o referido dispositivo de forma a concluir que o fato de não existir averbação no Registro Imobiliário competente gere “presunção absoluta de inexistência de embaraço para a aquisição de bens de titularidade do executado”.





Em prosseguimento, os mesmos autores sustentam que esta interpretação acabaria por colidir frontalmente com o princípio da boa-fé negocial e processual, previsto no próprio artigo 5º do Código de Processo Civil, sendo um de seus pilares máximos de sustentação, em igual compasso com a Lei Civil Maior, que esculpe a aludida principiologia para os negócios jurídicos em geral (artigos 422 e 113/CC). Assim sendo, é necessário conciliar o artigo 844 do CPC/2015 com o disposto nos artigos 422 e 113 do Código Civil, para fim de garantir a boa-fé tanto no plano processual quanto no seu âmbito negocial, de modo a dar “amplitude e justificativa ao art.5º da nova codificação” (MAZZEI ; BENTO, 2016, p. 159-160).

Apontam:

Com tal bússola, para aquisição de bens (em especial de forma onerosa) só se pode considerar a boa-fé em seu caráter objetivo, quando o adquirente toma as medidas normais (ou ao menos mínimas) para que a sua aquisição esteja protegida juridicamente. Isso implica em dizer que deverá ser efetuado exame em relação ao comportamento do adquirente no momento da aquisição do bem.

Assim o fazendo se estará protegendo o adquirente de boa-fé, pois seu comportamento – em plano objetivo – revelará se está ou não de boa-fé. Tal aferição pode ser feita com apoio no que está disposto na parte final do §2º do art.792, pois ao adquirente – qualquer que seja o bem que vai adquirir – caberá 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 (MAZZEI ; BENTO, 2016, p. 159-160).

Em igual sentido, Fredie Didier Junior (2016, p. 159-160) aponta:

É certo que o terceiro adquirente tem o ônus de diligenciar a obtenção de certidões negativas pertinentes, inclusive junto aos cartórios de distribuição de demandas, no domicílio do devedor alienante e no local onde se encontra o bem. Trata-se de providências que devem ser tomadas, pois, de acordo com as regras da experiência, revelam probidade e cautela na aquisição do bem, que podem ser exigidas da pessoa comum.

Isto demonstra portanto, que há a possibilidade de verificação do elemento anímico do *consilium fraudis*, conforme observa o magistrado Bruno Henrique Silva Santos, em recente julgado:

Ocorre que uma interpretação a *contrariu sensu* do parágrafo segundo do mesmo art. 792 leva à conclusão de que não se pode exigir do terceiro adquirente a verificação "das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem" quando o bem em questão for sujeito a registro. Essa regra vem a confirmar a atual linha de regulamentação legal da fraude à execução de que, em relação aos bens





sujeitos a registro (dentre os quais estão os imóveis), impõe-se ao credor a cautela de fazer anotar a existência de processos em curso, citações ou gravames judiciais sobre referidos bens como medida de acautelamento de seu crédito, não sendo de se exigir do adquirente, salvo nos casos de bens não sujeitos a registro, a consulta de certidões de cartórios judiciais (TRF-4, Despacho nos Embargos de Terceiro Nº 5012244-74.2017.4.04.7001/PR).

Por derradeiro, a simulação continua sendo elemento de nulidade dos negócios jurídicos de alienação de bens imóveis, ainda que observados os requisitos da nova legislação pertinente, sendo o *consilium fraudis* o elemento anímico determinante para comprovar a manifestação de vontade viciada e escusa dos contratantes, no sentido de simular negócio jurídico para que produza efeito diverso daquele aparente.

4 CONCLUSÃO

Em que pese a alteração do polo de deveres de credores e devedores em se tratando de fraude à execução, a nova legislação ao tornar mais permissivas as hipóteses de alienação de bens e, conseqüentemente, possibilitar maior revestimento de legalidade e publicidade à negócios jurídicos simulados, com a decretação da má-fé e o reconhecimento do *consilium fraudis*, mantém-se a possibilidade de discussão da relação jurídica subjacente, entre vendedor e comprador, por credor ou terceiro interessado, bem como pelo próprio magistrado, sendo a simulação o principal elemento na atual legislação para o reconhecimento da fraude à execução.

O poder-dever de cautela do magistrado, e o dever de comprovação da má-fé do credor em comprovar a simulação ou a má-fé, possibilitam a proteção aos direitos creditórios, ainda que revestidos do formalismo legal exigível, mesmo diante de inércia do credor em diligenciar a proteção de seu crédito.

Em que pese a possível dificuldade de verificar-se os mencionados elementos caracterizadores para a simulação, esta ainda encontra respaldo e plena possibilidade de aplicabilidade em se tratando de fraude à execução, incumbindo às partes contratantes, em mesmo plano que os requisitos formais, a observância estrita da boa-fé e seus deveres anexos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco dos Santos Neto. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. rev., modificada e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.





AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do Novo CPC**. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negocio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editores, 1969.

BRANDELI, Leonardo. Fraude à execução imobiliária e a publicidade registral no Novo CPC. In: DIP, Ricardo (coord.). **Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.097, DE 19 DE JANEIRO DE 2015. **Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113097.htm>. Acesso em: 16 de mar. 2018.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 de abr. 2018.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Acórdão na Apelação Nº 1023339-33.2016.8.26.0576.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Motivação do Voto no Agravo de Instrumento Nº 2242367-65.2016.8.26.0000.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Despacho nos Embargos de Terceiro Nº 5012244-74.2017.4.04.7001/PR.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Execução – v.5. Salvador: Jus Podivm, 2016.

JUNQUEIRA, José de Mello. Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo. **ARISP JUS**: Informativo jurídico especializado. São Paulo: ARISP, Set-Dez/2016.

MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Lieriane Drumond. Fraude à execução no CPC/15: algumas questões registrares. In: DIDIERJR, Fredie (coord.geral); PAULINO, Roberto (coord.) **Direito Notarial e Registral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. v.11. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 3ª ed. da obra *Código de Processo Civil Comentado*, reescrita de acordo com a Lei 13.105, de 16/03/2015. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Bruno Mattos e. **Fraude à execução por insolvência: a Lei 13.097/2015 e o Novo CPC**. São Paulo: Gen Jurídico, 2015. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/01/26/fraude-a-execucao-por-insolvencia-a-lei-13-0972015-e-o-novo-cpc/>>. Acesso em: 2 de abr. 2018.





WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et all.* **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2016.

