

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

GUSTAVO CHIES CIGNACHI

A FRAUDE À EXECUÇÃO NA PERSPECTIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito sob a orientação do Prof. Dr. Tácio Lacerda Gama.

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora

*Aos colegas e amigos Gustavo e
Gabriele por toda a hospitalidade e o
auxílio em São Paulo.*

RESUMO

O trabalho busca defender a viabilidade de uma interpretação da fraude à execução com fundamento na boa-fé objetiva. Na primeira parte, apresenta as origens históricas da boa-fé objetiva no Direito Privado e defende a possibilidade de sua adoção no Direito Público. Na segunda parte, analisa as distinções entre a fraude contra credores e a fraude à execução, bem como demonstra a aplicação interpretativa da boa-fé objetiva e indica os deveres dela decorrentes. Na terceira parte, aponta determinadas situações e busca soluções na interpretação pela boa-fé objetiva, além de discorrer sobre forma de defesa do terceiro adquirente contra o reconhecimento da fraude.

Palavras-chave: Fraude à execução; boa-fé objetiva; fraude contra credores; processo de execução.

ABSTRACT

The work seeks to defend the feasibility of an interpretation of the fraud against creditors in execution actions based on objective good faith. In the first part, it presents the historical origins of objective good faith in Private Law and defends the possibility of its adoption in Public Law. In the second part, it examines the distinction between fraud against creditors and fraud against creditors in execution actions, it demonstrates the interpretative application of objective good faith and it indicates the arising duties. In the third part, it points out certain situations and seeks solutions in interpreting the objective good faith, as well as it discusses how to defend the purchaser against the recognition of fraud.

Keywords: Fraud against creditors in execution actions; objective good faith; fraud against creditors; enforcement proceedings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
PRIMEIRA PARTE: A BOA-FÉ OBJETIVA DO DIREITO PRIVADO AO DIREITO PÚBLICO.....	12
1 DA BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO.....	12
1.1 Breves Notas Históricas	12
1.2 Da Obrigação como Processo e o Princípio da Boa-fé no Direito Privado.....	20
1.3 Definições da Boa-Fé.....	23
1.3.1 Boa-fé subjetiva e objetiva	23
1.3.2 Da função integrativa da boa-fé como produtora de deveres jurídicos	31
2 SUBINDO A MONTANHA: A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PÚBLICO	35
2.1 O Caráter Extravagante do Direito Público.....	35
2.2 Da Boa-Fé Objetiva no Direito Público	36
2.2.1 Do ingresso da Boa-fé objetiva como instituto de Direito Público.....	36
2.2.2 Da Boa-fé objetiva e os Princípios da Legalidade e da Moralidade	40
2.2.3 Da Boa-fé objetiva e o Princípio da Publicidade e da Eficiência.....	51
2.2.4 Da Boa-fé objetiva e o Princípio da Impessoalidade	56
2.3 Da Boa-fé no Direito Público: por um modelo teórico	59
SEGUNDA PARTE: A FRAUDE À EXECUÇÃO NA PERSPECTIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	61
1 DA FRAUDE À EXECUÇÃO COMO UMA RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO: Características, Requisitos e Aplicação da Boa-Fé Objetiva.....	61
1.1 Diferenciação entre Fraude à Execução e Fraude contra Credores quanto à Relação Jurídica Subjacente.....	61
1.1.1 Fraude à execução e Fraude contra Credores: abordagem comparativa.....	61
1.1.2 Fraude à execução e Fraude contra Credores: abordagem pela Teoria da Norma	71
1.2 Requisitos Específicos da Fraude à Execução	81
1.2.1 Espécies de fraude à execução no “Novo” e no “Velho” Código de Processo Civil.....	84
1.2.2 Fraude à execução e o requisito da litispendência.....	86

1.2.3 Fraude à execução e o requisito da insolvência.....	89
1.2.4 Fraude à execução e o requisito do <i>consilium fraudis</i>	92
1.3 Fraude à Execução Especialíssima: a hipótese do artigo 185 do Código Tributário Nacional	98
2 A PERSPECTIVA OBJETIVA DO ESTADO DE BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE COMO ELEMENTO DE INTERPRETAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO.....	108
2.1 As Finalidades da Fraude à Execução: retomando o modelo da Boa-Fé Objetiva no Direito Público	108
2.2 Boa-fé Objetiva e o Requisito da Preexistência da Lide: integração interpretativa do conceito de “demanda em curso”	112
2.2.1 A exigência da citação válida.....	113
2.2.2 Natureza da “demanda em curso”.....	116
2.2.2.1 Da demanda cautelar.....	119
2.2.2.2 Da ação penal.....	120
2.2.3 Da nova situação jurídica criada pelo inciso I do artigo 792 da Lei 13.105/2015	122
2.3 Boa-fé Objetiva e o Requisito da Insolvência: reorganização do ônus da prova. 123	
2.4 Boa-fé objetiva e o Requisito do <i>Consilium Fraudis</i>	128
2.4.1 Da estrutura dos Registro Públicos e a fraude à execução	129
2.4.2 Registros de distribuição e fraude à execução	134
2.4.3 <i>Consilium Fraudis</i> na perspectiva da Boa-fé Objetiva.....	140
2.5 Boa-fé Objetiva na Fraude à Execução do Artigo 185 do Código Tributário Nacional	143
2.5.1 Definição conceitual e natureza jurídica da Dívida Ativa.....	144
2.5.2 Do procedimento legal de inscrição e da Certidão de Dívida Ativa.....	150
2.5.3 Os efeitos da inscrição na perspectiva da boa-fé objetiva.....	155
2.6 Posicionamento da boa-fé objetiva na estrutura da norma jurídica	159
2.7 Por um modelo mais sintético	162
TERCEIRA PARTE: OPERATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA NA FRAUDE À EXECUÇÃO, SITUAÇÕES DIFÍCEIS, QUESTÕES ABERTAS E DEFESA DO TERCEIRO ADQUIRENTE.....	164
1 ALGUMAS SITUAÇÕES DIFÍCEIS	164
1.1 Da Fraude à Execução sobre o Negócio Fiduciário: boa-fé do fiduciário em relação aos demais credores.....	165
1.1.1 Breve origem histórica e natureza jurídica da alienação fiduciária	167
1.1.2 Da ineficácia da alienação fiduciária por fraude à execução	173

1.2 Do Momento da Fraude na Execução Fiscal Redirecionada na Perspectiva do Adquirente.....	176
2 ALGUMAS QUESTÕES ABERTAS	184
2.1 Boa-fé Objetiva como Proteção: a alteração de jurisprudência consolidada no curso da demanda e sua repercussão na boa-fé do adquirente.....	185
2.2 Boa-fé Objetiva e Efetividade Máxima: consideração do protesto de título como marco para a fraude à execução	190
2.2.1 Origem, definição conceitual e natureza jurídica do Protesto de Título e Outros Documentos de Dívida.....	192
2.2.2 Dos títulos e documentos protestáveis	197
2.2.3 Da forma do protesto.....	202
2.2.4 Dos efeitos do protesto por falta de pagamento sobre o devedor.....	207
2.2.5 Da boa-fé objetiva, deveres extralegais e o marco da fraude à execução de crédito protestado	212
3 DEFESA DO ADQUIRENTE.....	215
3.1 Do meio processual adequado: o contraditório postergado pela via dos embargos de terceiro.....	215
3.2 Do conteúdo material possível para a defesa do terceiro adquirente: a viabilidade de uma proteção pela boa-fé objetiva	222
3.2.1 Defesa quanto ao desconhecimento da lide preexistente.....	223
3.2.2 Defesa quanto à insolvência	226
3.3 Defesas específicas para hipótese especialíssima do artigo 185 do Código Tributário Nacional: a questão da dívida ativa “regularmente inscrita”	229
CONCLUSÃO.....	235
BIBLIOGRAFIA	237

INTRODUÇÃO

A chamada “crise de efetividade” tem sido tema de acalorados debates no mundo acadêmico. O crescimento em volumes impensáveis da litigiosidade no cenário brasileiro acabou por impor severas provações aos institutos processuais. A rigidez interpretativa – reforçada pelas doutrinas positivistas do século XIX, mas que ainda estão enraizadas na educação jurídica moderna – não parece mais dar soluções para todas as demandas; no entanto, a flexibilização irresponsável – muitas vezes sob o pretexto de “constitucionalização” ou “neo-constitucionalismo” – causa graves danos à uniformidade e à segurança do Direito.

A ineficiência da máquina judiciária em dar respostas rápidas às crises do direito material tem produzindo mais descontentamento e menos pacificação. Os institutos jurídicos clamam por critérios de interpretação, nem totalmente abstrato – sujeitos a uma subsunção cega –, nem completamente fora dos quadros da lei, flutuando como em uma “nuvem de princípios constitucionais”, cujo conteúdo ninguém consegue definir.

Nesse panorama contemporâneo, de falta de efetividade e ausência de critérios de interpretação, o estudo do instituto da fraude à execução, tido como instrumental indispensável para a realização das tutelas executivas – especialmente no contexto brasileiro, em uma cultura marcada pela fraude e pela corrupção –, permitindo a superação de esquemas e ardis para a exclusão de responsabilidades, mostra-se indispensável. Não raras as

oportunidades em que justas condenações se tornam “lenda” ante ao indevido desvio patrimonial.

Propõe-se, portanto, uma análise específica sobre este instituto e sua realidade atual, na consideração de seus requisitos e sua aplicação pela jurisprudência. No entanto, quer-se uma análise com outra perspectiva, não apenas dogmático-didática, mas tentando encontrar para a fraude à execução os critérios de interpretação que se reclamou ausentes.

Para tanto, sempre tentando evitar uma principiologia desapegada da tradição jurídica, o recurso à boa-fé objetiva, um instituto de conhecida envergadura na seara do Direito Privado, calcado em forte tradição, parece ser meio adequado para uma tentativa – mera tentativa, sem pretensão de encerramento do debate – de melhor definição da fraude e sua adaptação às exigências modernas.

Como meio legal de salvaguarda da efetividade da execução, evitando a dissipação patrimonial do executado, a norma sofre de um pendular tratamento jurídico-interpretativo ao longo das décadas, caminhando de uma posição de máxima objetividade, para um subjetivismo insustentável. A busca da boa-fé como instrumento de interpretação e adaptação parece indicar para uma postura mais realista, isonômica e compatível com uma sociedade de massa, na qual a cooperação e o mútuo apoio entre os partícipes são indispensáveis à civilidade.

Como metodologia, optou-se por iniciar o estudo pela definição da boa-fé objetiva em seu “habitat natural”, na seara privada, onde se estabeleceu e floresceu. Desse

terreno fértil, buscar-se-á sua migração ao árido Direito Público e à norma processual, permitindo, então, com as devidas adaptações, sua atuação como ferramenta interpretativa capaz de dar novo oxigênio à fraude à execução. A pesquisa passa também pela necessária análise das estruturas jurídico-normativa, para qual a adoção de um referencial teórico no campo da teoria geral é indispensável, vislumbrando-se uma base sólida no Construtivismo Lógico-semântico, referenciado nos estudos dos Professores Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho. Ao fim, algumas situações instigantes envolvem o tema em hipóteses concretas serão levantadas para animar o discurso.

Desde logo, cabem algumas ressalvas terminológicas para a fluência e precisão do estudo. Considerando a especificidade do tema e a necessidade de constante repetição de designações, optou-se por certa flexibilidade dos termos, visando maior fluência da narrativa. Portanto, expressões como alienante, vendedor, cedente, etc. serão usadas de forma genérica para designar a posição de proprietário, devedor da execução, que aliena ou onera seu patrimônio; assim como adquirente, comprador, etc. designaram a posição do terceiro em relação à execução que adquire o bem ou o direito real do devedor. Tudo, ressalte-se, sem pretender a confusão dos institutos de Direito Civil, mas apenas em homenagem a um texto mais aprazível.

PRIMEIRA PARTE: A BOA-FÉ OBJETIVA DO DIREITO PRIVADO AO DIREITO PÚBLICO

1 DA BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO

1.1 Breves Notas Históricas

Sem pretender o esgotamento, mas apenas na tentativa de promover um pequeno recorte histórico para posicionamento metodológico, cabem algumas considerações sobre a formação e a evolução do instituto da boa-fé até as perspectivas mais modernas. Importante percorrer rapidamente o caminho da sua gênese romana até a sua apreensão pela dogmática civilista, colocando-a no núcleo do moderno direito obrigacional.

A percepção de boa-fé tem origem no Mundo Romano, no qual a *fides* adquiriu múltiplas faces na solidificação dos institutos jurídicos da época. Inicialmente foi concebida como fundamento da relação de clientela, que estruturava a sociedade romana clássica, ou seja, se constituía na promessa de proteção do patrício em relação ao plebeu, enquanto esse devia obediência àquele.

A visão da *fides* enquanto promessa passa a irradiar efeitos na esfera dos contratos romanos, no entanto, semanticamente transformada, passando a ser vista como

garantia à palavra dada¹. Posteriormente, o papel de garantia dado à *fides* assume, nos contratos romanos não-formais², uma desvinculação da palavra (da formalidade do negócio), para se tornar uma *bona fides*, ou seja, um dever de agir segundo a intenção do negócio decorrente do consentimento, não segundo a literalidade do acordo.

A concepção deu vazão ao surgimento do procedimento da *bonae fidei iudicium*, permitindo ao pretor determinar julgamentos ao *iudex* segundo os ditames da boa-fé no caso concreto, ainda que o requerente não tivesse fundamento de sua pretensão na *lex*. Tornava-se, então, a *bona fides* mecanismo produtor de deveres judicialmente exigidos, tendo em conta o comportamento do tráfico comercial nos contratos em julgamento. Em síntese, expressava uma objetividade da boa-fé como impositiva de comportamentos socialmente esperados.

“A atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao ‘ius gentium’, e posteriormente estendida às relações entre os ‘cives’, através do ‘ius honorarium’, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas ‘actiones ex fide bona’, nas quais o árbitro do ‘iudex’ se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.”³

Contudo, após o período clássico, o conceito foi sofrendo corrosões e generalizações ou, para usar a expressão de Menezes Cordeiro⁴, diluiu-se, perdendo o forte caráter objetivo. Passou, no campo negocial, por uma subjetivação, servido como referencial

¹ *Fit quod dicitur*.

² São classicamente tidos como contratos não formais, por não terem, no início, proteção estatal da *actio*: a compra e venda, a locação e a sociedade.

³ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 32.

⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da R. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v.

para a intenção do agente – notadamente na usucapião para qualificar a posse – e confundiu-se no plano mais geral com equidade no caso concreto. Nesses termos que foi transferida a ideia de boa-fé para as compilações justinianeias.

Posteriormente, essa visão romana, já em processo de subjetivação, vai ser apreendida pelo Direito Canônico na perspectiva que lhe é própria. A boa-fé se unificará, tanto para os contratos, como para o direito possessório, em ausência de pecado. Nas relações obrigacionais, boa-fé se simplificará em respeito ao pacto, na medida em que a não observância da promessa significaria mentira e, portanto, pecado. Assim, tem-se um esvaziamento do instituto como instrumento de objetivação da conduta esperada.

Paralelamente, na cultura germânica pode-se encontrar outra gênese, de uma boa-fé normativa, na ideia de *treu und glauben*⁵. Tratava-se de referencialmente do comportamento com vista a ideais medievais de honra, integridade, cavalheirismo, relacionados à visão social da idade feudal. Figurava como o dever de respeito à palavra concedida, não na relação com o outro apenas, mas como comportamento coletivo, necessário à confiança geral.

No entanto, as implicações teóricas da visão germânica parecem não terem alcançado relevo para as codificações das sociedades latinas, especialmente o Código de Napoleão, que teve por fontes as origens romanas e os temperos dados pelo direito canônico. Apenas com a codificação alemã do BGB (*Bürgerlichen Gesetzbuches*) esses valores coletivos na percepção da obrigação passam a se infiltrar nos ordenamentos de origem romanesca.

⁵ Comumente traduzido por “lealdade e crença”.

Retomando sua evolução no Continente Europeu, a Ciência do Direito sofreu fortemente os efeitos do Renascimento e do pensamento Humanista. A retomada do homem como o centro do pensamento ocidental e da antiguidade como modelo e padrão de referência provocaram um retorno ao clássico Direito Romano. O recurso às glosas, comentários e interpolações passou a ser condenado, privilegiando as fontes originais dos textos romanos.

No entanto, como refere Menezes Cordeiro⁶, em movimento que nomeou de “Primeira Sistemática”, muito antes que retomar e reconstruir o Direito Romano, como se fosse uma “nova glosa”, “*os humanistas ofereceram à posteridade uma renovação metodológica (...)*”⁷. Ao invés de o estudo do Direito ser pautado pela memorização de subitens isolados, passou-se à busca de definições gerais e ideais, aproximando-se da ideia de sistema no Direito.

É momento de crítica à falta de sistematicidade e o excesso de formalismo do *Corpus Juris*, tidos por incompatíveis com a realidade moderna, marcada pelo florescente comércio, pela consolidação da burguesia e pela crescente burocratização dos Estados Nacionais. Tem-se, assim, uma sistematização externa ou periférica, na qual os juristas, com base em “*ideias-chave ou princípios*”⁸, constroem uma sistematicidade vazia, que supõe inexistir relações das normas entre si (ou imanes).

⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da R. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v.

⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da R. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, v. 1, p. 193.

⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100.

Sem pretender descer a minúcias, esse movimento evolui para uma “segunda sistemática”, marcada pela influência do jusracionalismo⁹. Ainda que a primeira sistemática tivesse inaugurado uma nova postura quanto ao Direito, como carecia de um discurso teórico capaz de constituir efetivo sistema – capaz de prover respostas no concreto –, recorreu-se, como fundamentos, ao racionalismo de Descartes e à sociologia de Hobbes¹⁰. Tem-se uma sistematização do tipo central, espelhada no modelo lógico-dedutivo, vendo o Direito da perspectiva de normas relacionadas entre si, cuja fundação do jurista é alcançar racionalmente essa ordem própria do conjunto normativo.

Partindo de axiomas inquestionáveis, tidos como verdadeiros e inatos, por um processo lógico-dedutivo, constrói-se o sistema jurídico. O Direito passa a se identificar com a ordem posta, impondo um absolutismo da lei formal e refletindo o absolutismo dos novos Estados Nacionais em formação. “*Ao absolutismo político corresponderá o absolutismo jurídico*”¹¹.

O Código de Napoleão de 1804, ainda que organizado como sistema externo – considerando que apenas divide por categorias todo o Direito Privado, sem a constituição de uma parte geral capaz de operacionalizar a concatenação de normas e conceitos jurídicos – apresentava esse novo posicionamento na exaltação do sistema da lei como única fonte do Direito e garantia da igualdade entre os cidadãos. Refletia-se a ascensão da classe burguesa, que via no costume e na fragmentação das normas presentes no mundo

⁹ “O jusracionalismo foi a forma ideológica adotada pelo humanismo ao transmutar os princípios do direito natural, conhecido no Ocidente pelo menos desde Aristóteles, assumindo-se como consubstanciais ao homem e à sociedade e mediando-se pelos critérios da *razão*, a qual teria a força de, por si e isoladamente, reformar o mundo.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.136).

¹⁰ Cartesianismo e a Teoria do Contrato Social.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.141.

feudal uma ameaça ao tráfico comercial e campo fértil para a corrupção. A lei rígida e geral, que exclui o costume e demais recursos extralegais, é hipervalorizada como o único elemento jurídico.

A codificação francesa, ainda com sistemática externa, como conjunto normativo comum a todos, fomentou a estruturação da Escola da Exegese. Esta pregava a máxima vinculação do Direito à lei, cabendo ao juiz tão-somente sua aplicação, sem modificá-la. O estudo do direito passou a ser o estudo do código de leis e a eterna busca da intenção do legislador.

Nesse universo de centralização da lei posta e codificação, bem como de proteção à autonomia da vontade, a boa-fé pouco teve lugar. Permaneceu como mero elemento do direito possessório e, no campo obrigacional, como mero reforço retórico ao dever de obediência à lei e à vontade (contrato) – proceder de boa-fé seria observância perfeita ao pacto. Num sistema que se pretendia fechado e sem lacunas, cuja razão da lei seria suficiente e melhor para todas as circunstâncias do caso, bastando aplicação, não havia espaço para uma boa-fé objetiva capaz de impor modelos de conduta e criar deveres anexos.

Paralelamente, na cultura germânica tem-se um processo de conformação sensivelmente diferente. Primeiro, é importante destacar que boa-fé de origem cavaleiresca – de conduta leal com o próximo – sempre esteve presente na prática dos tribunais comerciais que, de uma forma ou outra, davam norte ao fluxo negocial de uma nação fragmentada em inúmeros estados. As ocorrências do comércio revelavam situações novas, típicas da recente sociedade burguesa, para as quais o recurso rígido e inflexível de

formas tradicionais romanas era inviável. Assim, sempre esteve no substrato cultural alemão a figura da boa-fé como ferramental imperativo de lealdade na comunidade.

Segundo, a ausência de unidade política da Alemanha – quando a França já estava estruturada como Estado Absoluto – impediu a construção de uma escola exegetica, sendo que favoreceu a Escola Histórica. Esta rejeitava a ideia de codificação, considerando a fragmentação política germânica, defendendo, em contrapartida, um estudo de um Direito Comum Alemão, baseado nas tradições e culturas do povo alemão, sem as influências dos inúmeros legisladores.

A sua mais conhecida corrente, a Pandectística, tendo Savigny como expoente, pregava o uso da dogmática na análise de textos romanos para a construção dedutiva de novos conceitos e princípios a partir de conceitos já conhecidos. Forma-se a ideia de sistema como construção, tendo o direito uma “unidade inata”, um “nexo interno”, cuja revelação cabe à ciência jurídica. Forma-se a “terceira sistemática”, na qual a investigação do direito busca a lógica interna do sistema, sendo que nas instituições jurídicas (nos tipos) estava seu nexo interno (sistematização central).

Nesse cenário e mais de um século após a codificação francesa, com a unificação dos reinos alemães, possível o surgimento do Código Civil Alemão – BGB, espelhando a ideia de código como o próprio sistema. Em sua estrutura, diferente do modelo vizinho, apresenta uma parte geral definidora de conceitos e capaz de dar um nexo estrutural entre todas as normas.

No entanto, considerando ter sido construído nessa visão de sistema fechado em expansão dedutiva e autossuficiente, baseado em conceitos centrais e gerais (parte geral), apesar de trazer uma cláusula geral de boa-fé, o código não deu a esta todo o espaço de sua potencialidade. Apenas no desenvolver do século foi possível à jurisprudência a reinvenção do código, com o resgate da ideia de boa-fé originada na conduta leal e da experiência da jurisprudência comercial.

Como bem sintetizou Menezes Cordeiro, esgotando o necessário a este trabalho:

“No BGB, a boa fé fora incluída com o fito de apoiar, a nível figurativo, o fenómeno contratual. O estágio da Ciência do Direito, aquando da codificação alemã, não permitira um aproveitamento da experiência comercial anterior, como se viu. Não obstante e num ritmo que deixou para trás a metodologia jurídica, oscilante, de modo frenético, entre um juspositivismo cerceador e um metajuridicismo incontrolável, desenvolveu-se, com base na boa fé, toda uma jurisprudência civil, que ultrapassa em muito as intenções dos codificadores.

A partir dessa jurisprudência, sem outro apoio, em regra, do que o adveniente das próprias decisões e, muitas vezes, contra uma doutrina hostil, surgiram figuras como a culpa na formação dos contratos, a violação positiva do contrato, o exercício inadmissível de direitos – com ramificações largas e variadas – e a eficácia jurídica da alteração das circunstâncias(...)”¹²

Feitos estes rápidos apontamentos históricos da origem da boa-fé em sentido objetivo, cabe prosseguir a investigação na sua configuração atual e para os fins deste estudo. Para tanto, indispensável uma visão dinâmica do fenómeno obrigacional, no qual a inserção da boa-fé se apresentará como recurso indispensável.

¹² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da R. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, v. 1, p. 395.

1.2 Da Obrigação como Processo e o Princípio da Boa-fé no Direito Privado

Buscando iluminação na célebre obra da Professora Judith Martins-Costa, *A Boa-fé no Direito Privado*¹³, importante a definição clara do que se pode entender por boa-fé no sentido objetivo, especialmente quanto ao seu papel na relação obrigacional. Por certo, a análise do instituto na seara privada, cuja transposição ao Direito Público é a finalidade deste trabalho, passa primeiro pela correta especificação terminológica e a adoção de posição teórica quanto à “obrigação”.

Inicialmente, a boa-fé objetiva não tem utilidade, não pode florescer como conceito jurídico materialmente denso, caso adotada uma perspectiva estática da relação obrigacional. Em uma visão simplista, ainda que calcada no clássico Direito Romano, seria aquela composta unicamente pela sujeição ou adstrição entre credor e devedor, em posições estáticas, sendo: que ao credor cabe determinado direito subjetivo; ao passo que ao devedor corresponde específico dever jurídico.

A visão clássica da obrigação, formando um conjunto restrito de posições imóveis entre credor e devedor, produz verdadeira segregação de seus sujeitos em relação ao todo jurídico no qual inseridos. Quer dizer, implica, como metodologia, a separação ou secção dos componentes do vínculo de sua realidade e suas posições jurídicas. Como bem lecionou a citada doutrinadora:

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

“Entre ambos os sujeitos nada mais do que o crédito e a dívida, como se os circundasse uma espécie de ‘buraco negro’, tal que o misterioso vazio que ameaça a camada de ozônio do planeta Terra.”¹⁴

Trata-se de uma perspectiva atomista, que busca enxergar cada vínculo obrigacional de forma separada e estratificada. Assim se pode dizer não apenas da primeira concepção de obrigação, de linhagem romana, como a visão da *obligatio* calcada na sujeição devedor-credor; mas também a concepção pandectística da *Schuldverhältnisse*; ou mesmo teoria dualista entre *Shuld* (débito) e *Haftung* (responsabilidade); todas se apresentam de forma atomista.

Nesse limitado cenário teórico, nada se pode dizer sobre a boa-fé na perspectiva objetiva. Se credor e devedor estão na relação de forma absolutamente estratificada quanto ao plexo de relações do restante da ordem jurídica, entre eles apenas pode-se formar vínculo obrigacional de origem voluntarista ou legal. Ou seja, não haveria o que perguntar quanto à boa-fé, pois da pura relação de sujeição questionar-se-ia apenas quanto ao conteúdo do dever jurídico, que provem da lei ou do contrato.

Por tal razão, pela limitação teórica, que deixa de perceber a posição real e concreta dos sujeitos da relação no interior da ordem jurídica, necessário progredir a uma nova perspectiva, de cunho dinâmico. O Professor Clóvis do Couto e Silva introduz a ideia de obrigação como processo, ou seja, como um caminhar desde o nascimento do vínculo, buscando atingir finalidade certa e específica (adimplemento)¹⁵.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 384.

¹⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

“Para versar o conceito de obrigação como processo, supõe-se a teoria do nascimento dos deveres, a que se ligam, indissociavelmente, o desenvolvimento e o adimplemento. Por esse motivo, houve necessidade de examinar-se a teoria das fontes, que, por seu turno, está vinculada aos princípios que regem os deveres e as obrigações. A principal transformação ocorrente na teoria das fontes é a existência de deveres resultantes da concreção do princípio da boa-fé.

Da concreção deste princípio resultam novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento, como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. (...).”¹⁶

Supera-se a ideia de relação obrigacional como secção de um vínculo determinado entre dois sujeitos, para a percepção de um “todo unitário concreto”¹⁷. Em outras palavras, a relação jurídica é total, compreende não apenas a relação bipolar estática da lei (ou contrato), mas um conjunto das relações obrigacionais concretas que se apresentam na prática, no desenrolar da relação no tempo. Buscando novamente auxílio da Professora Judith Martins-Costa:

“Quer-se com isto afirmar que pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal, ou não indicados no título, ou ainda poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos estados de sujeição; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, ao qual corresponderão, por sua vez, outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos nem na lei, nem no título.”¹⁸

¹⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 169.

¹⁷ Resgata-se a ideia de Karl Larenz quanto ao conceito de geral-concreto, que representa a reunião dos possíveis sentidos concretos, que possam ser reconduzidos a um conceito geral-abstrato. A relação jurídica é vista de uma perspectiva total.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 393-394.

Justamente nesse horizonte, a boa-fé como princípio passa a ser veículo de densificação, na figura jurídica de “cláusula geral” do Direito Civil, de direitos instrumentais ou correlatos – aqueles não previstos diretamente pela lei ou pela vontade das partes no título da obrigação –, decorrentes de princípios ou padrões de conduta de origem social ou constitucional.

1.3 Definições da Boa-Fé

1.3.1 Boa-fé subjetiva e objetiva

A boa-fé apta a transformar o direito das obrigações e, por consequência, “contaminar” o Direito Público é aquela de cunho objetivo, de estrutura tendente ao universal¹⁹, ou seja, que impõe, ainda que de forma não totalmente densificada, modelo de conduta tendente a ser comum para aqueles na mesma situação. Assim, é conceito que não se assemelha a boa-fé chamada subjetiva, sendo que uma melhor e mais adequada especificação conceitual se impõe.

A utilização jurídica do termo na perspectiva subjetiva (pelo menos como trabalhada por grande parte da doutrina brasileira), como já pontuado no rápido recorte

¹⁹ O termo universal aqui é empregado no sentido filosófico de Kant, resgatando a ideia teórica de modelos de conduta com tendência à universalização. Ou seja, pela expressão do filósofo: “Age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal”.

histórico deste trabalho, está permeada pelas influências do Direito Canônico, calcado na figura do pecado e da consciência do pecador, bem como materialmente reduzida pela obra da Escola da Exegese francesa. Significa a conceituação jurídica de um “estado de espírito” do sujeito, uma situação de crença íntima e pessoal do agente de estar atuando conforme o direito.

Nessa perspectiva, tem uso comum no direito possessório, como meio de classificação da posse. A boa-fé do possuidor decorre de seu estado de ignorância escusável quanto aos vícios que contaminam sua propriedade aparente, quer dizer, é situação de foro íntimo, ainda que juridicamente classificada terminologicamente.

Da mesma forma, as hipóteses de contrato putativo, pagamento ao credor putativo, etc., são situações cuja solução jurídica demanda a aferição da boa-fé do agente. Não se está a impor ou exigir modelo de conduta, buscando classificação totalizante do comportamento; ao contrário, faz-se a análise, pode-se dizer, probatória das circunstâncias da intenção da ação praticada para decidir-se sobre a sua boa-fé.

A boa-fé subjetiva é muito mais um conceito jurídico que demanda instrução probatória no processo judicial, indicando estado intencional de ignorância aceitável pela ordem jurídica, sendo seu contrário a má-fé. Portanto, é objeto de prova, categoria a ser provada, não conceito denso de normatividade.

Provada a boa-fé do possuidor, incidiram as normas jurídicas respectivas, p. ex., da usucapião, estipulando prazo diferenciado para a prescrição aquisitiva. Por certo, não se está a dizer que esta perspectiva do instituto seja de todo vazia e não possua

balizas interpretativas da experiência, postas à disposição do julgador. No entanto, a tarefa deste último, no caso, é proferir juízo fundamentado de enquadramento daquela situação como boa ou má-fé, decidir sobre a intenção do agente pelas provas produzidas.

Coisa bem diferente é um juízo de adequação do comportamento ou atitude a um padrão de tendência, ao menos teórica ou como instrumento de fundamentação, universal. Aqui, julga-se o agir na perspectiva de sua inserção do todo; lá, julga-se o querer íntimo da pessoa em questão.

“Aliás, nesta matéria, é de fundamental importância a correta discriminação entre a boa fé subjetiva, “estado de consciência” ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito, aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória, e a boa fé objetiva, modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a este arquétipo obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente lógico-subsuntivo.”²⁰

Seguindo nessa linha, pode-se definir, então, a boa-fé na perspectiva objetiva, esta de influência germânica, mais como padrão de comportamento ou regra de conduta, primitivamente fundada no cultural cavaleiresco, tendo a percepção do outro e deveres de lealdade e honestidade como base. A intimidade do agir, a intenção do fazer ou mesmo o conteúdo estrito do querer, na manifestação da vontade, deixam de ser o objeto fundamental da investigação da boa-fé dita objetiva – pode-se falar em alteração de foco ou de perspectiva da investigação judicial quando dos juízos objetivos da *bona fidei* –,

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, jul. 1992, p. 127.

questionando-se, agora, o próprio agir na sua inserção no quadro concreto, com vistas a sua adequabilidade a um suposto “padrão jurídico” minimamente densificado.

Do ponto de vista da decisão judicial, altera-se a indagação posta ao julgador de qualificação da conduta (de boa-fé ou de má-fé), para adequação, com vista ao atendimento desse padrão de lealdade e honestidade na perspectiva com o outro. Novamente reveladoras as palavras da Ilustríssima Professora Judith:

“(...) ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como ‘regra de conduta’ fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, ‘na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional”²¹

Contudo, ressalvas devem ser feitas ao até então posto quanto à objetivação da boa-fé. Não se pode negar sua tendência para a uniformização ou padronização, como fundamento teórico de sua aplicação concreta, ou seja, como recurso para a imposição de deveres e criação de direitos “extravoluntários” no interior da relação obrigacional ou mesmo de forma pré-obrigacional.

Quer dizer, como instrumento jurídico produtivo de alterações nas esferas dos sujeitos, retira sua legitimidade da exigência de concretização de determinados *standards* de cunho social e constitucional, que parecem faltar ao caso concreto (à relação

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 412. (grifos nossos).

obrigacional concreta), questionando o agir ou a omissão do sujeito em comparação a um imperativo comportamental. Como refere o Professor Couto e Silva:

“A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no ‘hortus conclusus’ do sistema do positivismo jurídico, ‘janela para o ético’.”²²

Todavia, defender essa operação comparativa de exigência de adequação do sujeito não implica, como parece decorrer da narrativa, afirmar que se possa falar de um completo e materialmente determinado Princípio da Boa-fé que, de forma *a priori*, estabelece rígidos e específicos imperativos de comportamento humano, restando ao julgador apenas a sua subsunção. Se assim fosse, passos para trás de volta à Escola da Exegese, servido a boa-fé, então, como mecanismo de ingresso de alguma doutrina moral, já bem desenhada por ideólogos, na seara jurídica. Inevitável socorrer-se novamente do saudoso Professor Couto e Silva:

“A boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma ‘Geschlossenheit’, como um mundo fechado, mas sim como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética.”²³

²² COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

²³ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

Em suma, a boa-fé objetiva como padrão de conduta não é prévia ou construída abstratamente, pois, se o fosse, poderia, pelo contínuo detalhamento da lei, ser substituída até o esgotamento de suas definições doutrinárias. Não se trata de norma fechada ou definitiva, mas de “cláusula aberta” dentro do sistema, capaz de servir de instrumento para a solução jurídica de situações concretas, sendo que suas cores dependerão sempre das circunstâncias postas, não se podendo, portanto, falar em ditame moral de conduta ou regra expressa incontornável, mas apenas em modelo.

“Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, ‘a priori’, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. Mas é, incontestavelmente, regra de caráter marcadamente técnico-jurídico, porque enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista das suas particulares circunstâncias. Solução jurídica, repito, e não de cunho moral, advindo a sua juridicidade do fato de remeter e submeter a solução do caso concreto à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerado este de modo aberto.

Por estas características constitui a boa-fé objetiva uma norma proteifórmica, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle.”²⁴

Nem se deve confundir a *bonae fidei*, como destaca Menezes Cordeiro, com equidade, bons costumes e ordem pública. Com gênese e funções diferente, não executam o mesmo papel na ordem jurídica. A primeira carece da tecnicidade e do necessário retorno a juridicidade posta na sua conformação; enquanto os segundos encerram muito mais juízos proibitivos prévios que propriamente a imposição de condutas cooperativas. O mestre português é esclarecedor:

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 412-413.

“As aproximações, frequentes e confusas, entre a equidade e a boa fé não se justificam. Num prisma estrutural, a decisão segundo a boa fé surge como de Direito estrito: ampara-se numa justificação computável em reduções dogmático-sistemáticas, e, nessa medida, torna-se susceptível de controlo. Os argumentos juspositivos que seja possível introduzir no modelo de decisão ‘bonae fidei’ dispõem da autoridade que o ordenamento lhes impute e não, apenas, do peso cultural representativo próprio da sociedade onde o caso se discuta. As regras técnicas, formais e instrumentais, que a equidade ignora, devem ser consideradas pela boa fé, ainda quando consiga combatê-las. Os institutos que integram a boa fé têm sempre em cota a necessidade de reprodução das decisões implicadas e convidam vivamente ao labor científico; ambos estes aspectos escapam à equidade.”²⁵

“Depreende-se a existência de diferenças profundas entre boa fé, bons costumes e ordem pública. A primeira prescreve condutas, nos termos já reconhecidos, ou pode fazê-lo e intervém, de modo preferencial, em relações específicas; os segundos vedam apenas certos comportamentos e concretizam-se, em absoluto, sem dependência de um relacionamento particular. Além disso, no que tem um significado profundo, boa fé e bons costumes apresentam origens históricas diferentes, evoluções diversas e sentidos jusculturais distintos, colocando, na Ciência do Direito, temas próprios de discussão e aprofundamento. Em consequência, têm conteúdos inconfundíveis: os bons costumes exprimem a Moral social, nas áreas referidas da actuação sexual e familiar e da deontologia profissional, proibindo os actos que contrariem, enquanto a boa fé, mais complexa, manda assumir uma série de atitudes correspondentes a exigências fundamentais do sistema. Esta noção de boa fé, que tem vindo a ganhar corpo ao longo deste estudo, poderia levar à sua confusão com a ordem pública. Não é assim. A ordem pública abrange numerosas regras expressas que não correspondem à boa fé. Esta, por seu turno, implica, com predominância, regulações supletivas, estranhas, por definição, ao ‘ius cogens’ integrante da ordem pública. Têm funções diferentes e manifestações diversas: a primeira visa a reprodução do sistema e impõe actuações; a segunda, a sua preservação, proibindo, apenas. O conteúdo materialmente heterogéneo da ordem pública possibilita-lhe abarcar regras sediadas na boa fé: isso sucede quando essas assumem uma relevância que impunha a sua inderrogabilidade, interna ou, até, internacional. Também aqui a diferença é compatível com zonas de sobreposição, mantendo embora perspectivas próprias.”²⁶

²⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da R. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, v. 2, p. 1207-1208.

²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da R. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, v. 2, p. 1223-1224.

Bem entendido, a parcial indeterminação do instrumento, sempre dependente do concreto, ao impor deveres de comportamento, assim o é e não poderia deixar de ser, considerando o plexo de relações a que se presta influir. Quer dizer, aplicado ao Direito Civil, onde teve gênese, o instituto encontra terreno fértil, pois, na seara privada, impera a liberdade, como diz o brocado “*o que não está proibido, está permitido*”, sendo que as necessidades da vida, somadas ao engenho humano, produzem incontáveis situações jamais pensadas pelo legislador.

Nesse quadro, razoável e necessário falar em cláusulas abertas, em “*norma necessariamente nuançada*”²⁷, pois a boa-fé que se quer objetiva deve permanecer porosa, revelando no caso seus efeitos mais concretos. Refere o Professor Couto e Silva: “*o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o ‘alter’*. Mas tais deveres não se manifestam em todas as hipóteses concretas, pois que, em muitos casos, dependem de situações que podem ocorrer (...)”²⁸.

Diferente, contudo, como se pretenderá melhor explicar no capítulo seguinte, é pretender transportar essa doutrina da objetividade da boa-fé para as obrigações regidas ou alteradas pelo Direito Público, nas quais a lei é permissiva, ao tempo em que veda o não previsto.

Todavia, neste momento, cabe a melhor definição possível, nos limites desta investigação, da boa-fé no Direito Privado, para, então, analisá-la no Direito Público,

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.

²⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.33.

para o qual migrará juntamente com o regime geral das obrigações, que a tudo dá base na ordem jurídica. Segue-se, assim, a investigação no mundo privado.

1.3.2 Da função integrativa da boa-fé como produtora de deveres jurídicos

Na perspectiva objetiva, o instrumental em questão pode atuar de várias formas, integrando elementos necessários a uma normal e correta progressão do fluxo obrigacional. Na seara privada, a boa-fé objetiva atua como recurso de integração hermenêutica, como fonte de deveres jurídicos anexos e instrumentais e mesmo como limitadora do exercício de direito subjetivo.

Como leciona a Professora Judith, pode-se falar na boa-fé como um “*cânone hermenêutico-interpretativo*”²⁹, permitindo e determinando que, para a preservação da própria natureza da obrigação e salvaguarda de sua eficácia, produzindo o efeito esperado pelas partes e pela sociedade, devem ser integrados à relação determinados deveres ou comportamentos não previstos expressamente na lei ou no contrato, mas sem os quais pode a relação desviar-se de sua finalidade.

*“A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da ‘fatispecie’ contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.”*³⁰

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 428.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.429.

Toda essa atividade integrativa, certamente a ser revelada pelo caso concreto na apreciação do julgador, tem por requisito a percepção da obrigação do ponto de vista total, ou seja, de sua inserção no todo concreto. Todas as circunstâncias envolvendo o contrato/obrigação devem ser consideradas, não apenas a regulação legal e voluntária posta de forma positiva, mas também os feixes valorativos do sistema, como função social, lealdade, urbanidade, dignidade humana, etc. **Aqui, fala-se em exigências comportamentais de cooperação, lealde e mútuo respeito, revelando a boa-fé como instrumento de preservação do *telos* do contrato (veículo de obrigações), enquanto figura jurídica que se destina não apenas a satisfazer o interesse de umas das partes, ou mesmo de ambas, mas com função socioeconômica.**

“(...) os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, mas seu conteúdo está indissociavelmente vinculado e limitado pela função socioeconômica do negócio celebrado. O que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva (...) é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato. Não se exige que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte. Tais interesses individuais mostram-se, muitas vezes antagônicos, o que inviabilizaria a cooperação”³¹

Seguindo nesta perspectiva, a dogmática civilista enxerga na boa-fé fonte de deveres laterais ou instrumentais, que tem por finalidade não diretamente o adimplemento, mas a proteção cooperativa dos bens e das pessoas envolvidas no vínculo – sempre com olhos às finalidades totais do contrato. São deveres direcionados tanto ao credor

³¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHERER, Anderson. **A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil.** In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39

como ao devedor, visando o “*exato processamento da relação obrigacional*”³², a promoção de seu correto desenvolvido voltado ao alcance de sua finalidade última dentro do contexto coletivo. Aqui se pode falar dos deveres de informação, cuidado, colaboração, proteção, sigilo, etc., que, apesar de não legal ou contratualmente previstos, se impõem por imperativo de comportamento esperado para as circunstâncias concretas.

Paralelamente, como que outra face da imposição de um agir leal, a boa-fé objetiva atua como limite ao exercício de direitos subjetivos. Institutos já consagrados do direito das obrigações, como o adimplemento substancial³³, encontram abrigo nessa perspectiva do instituto, como limitador do agir, para preservar aquela lealdade e cooperatividade exigível a todos os contratantes.

O estudo detalhado da riquíssima gama de institutos e processos cultivados na ampla e fértil planície do Direito Privado não cabe no objeto específico deste trabalho. Voltados a regular a infinidade de situações privadas, alcançam situações próprias da vida negocial, mas estranhas às pretensões de análise aqui postas. No entanto, a essência da boa-fé objetiva, gestada na seara do Direito Comum, como modelo técnico-jurídico de deveres ou imperativos de comportamento postos nas relações como auxiliares à promoção de suas próprias finalidades e à efetivação de axiomas jurídico-sociais, deve ser apreendida e, como tal, transporta ao Direito Público.

³² MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 440

³³ Pelo adimplemento substancial o direito de resolução do contrato pelo credor é obstando, ainda que presente o inadimplemento, pois menor ou insignificante em relação ao montante adimplido. Resta ao credor apenas exigir o cumprimento da parte faltante, com perdas e danos, mas não pode pretender desfazer negócio “quase cumprido”, pois impõe desnecessário ônus ao devedor e desvia o contrato de sua última e verdadeira finalidade. A viabilidade do direito de resolução, no caso, atentaria contra um padrão esperado e razoável para as circunstâncias postas.

O importante é perceber a boa-fé objetiva como recurso jurídico-interpretativo capaz de fazer frente à aridez e à rigidez de um ordenamento estruturado nos séculos XVIII e XIX de forma neutra do ponto de vista axiológico, permitindo o ingresso de caros e preciosos deveres de cooperação mútua entre os sujeitos do sistema, sob pena de subversão da própria lógica do Direito enquanto instrumento de justiça e pacificação. A tradução desta necessária reciprocidade material (com conteúdo) em linguagem jurídica³⁴, por proposição de dever-ser, é a função da boa-fé objetiva, que necessariamente atinge ao jurídico como um todo.

A análise seguirá, portanto, na abordagem do natural e conhecido caminho de formação do Direito Público como “extravagante” do Direito Privado. Por consequência, a boa-fé objetiva, como não poderia deixar de ser, considerando seu enorme potencial normativo, necessariamente se estenderá para além das largas planícies, alcançando a aridez montanhosa do Direito Público.

³⁴ Mais sobre tradução e linguagem: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

2 SUBINDO A MONTANHA: A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PÚBLICO

2.1 O Caráter Extravagante do Direito Público

Inicialmente, antes de abordar especificamente a transição da boa-fé objetiva do Direito Privado para o Público, necessárias considerações sobre a estruturação dessas normas extravagantes³⁵ em relação às demais. Análise dessa ordem passa, necessariamente, pela percepção de que o Direito Público não é sistema jurídico autônomo, independente e estratificado.

Na verdade, o Direito Público é, historicamente e geneticamente, um direito extravagante, ou seja, um ramo normativo que se apoia sobre ramo maior e mais sólido, o Direito Civil ou Privado. Não há relação administrativa, pessoa jurídica administrativa, relação tributária, relação processual, etc., sem os conceitos, as formas e as estruturas do Direito Privado Clássico.

Exemplificando, o Direito Público não reconstrói um sistema normativo novo sobre bens, reclassificando-os ou nomeando-os. Ao contrário, se utilizada das definições do Direito Civil, apenas “colorindo” alguns e determinados bens como características específicas e especiais, buscando realizar seus propósitos como norma pública. Portanto, não há falar em direito tributário, direito financeiro, mesmo direito

³⁵ Extravagante pois o Direito Público tem por finalidade reger relações que extravasam ao Direito Privado, dito comum, seja regulando relações típicas (Estado-súdito), seja impondo restrições e adaptações às relações privadas por imperativo de autoridade da norma estatal.

constitucional, sem o inevitável recuo a conceitos do direito privado, que guardam em sua gênese milênios da experiência jurídica.

Importante notar que esse direito “incomum” visa regradar tanto relações especiais, sem paralelo na seara privada, como os vínculos Estado-cidadão – seja uma imposição de multas, ou mesmo a norma processual, que estabelece a relação entre o juiz e as partes –, como visa interferir em relações que muito bem estariam reguladas no âmbito comum, mas, por outros imperativos político-axiológicos, sofrem intervenção – aqui é o campo dos contratos com a Administração, que são “coloridos” pelo direito público.

2.2 Da Boa-Fé Objetiva no Direito Público

2.2.1 Do ingresso da Boa-fé objetiva como instituto de Direito Público

Estabelecido que o Direito Público, como disciplina que regula o universo “extra-comum”, não se apresenta dogmaticamente como ciência autossuficiente, mas dependente dos fundamentos jurídico-materiais da regulação privada, especialmente a disciplina geral das obrigações³⁶, não se pode negar que ao público também deve ingressar

³⁶ Rapidamente como exemplo, o próprio conceito básico de “obrigação tributária” estrutura-se na construção civilista de obrigação, pressupondo-a, mas “distorcendo-a” (extravagância) para os propósitos da norma fiscal. É o que decorre da leitura do artigo 126 do CTN, que se preocupa em excepcionar normas básicas civis sobre a validade de obrigações, como a maioria e a validade de atos para a produção de efeitos. Por várias disposições, a norma tributária “reconstrói” a estrutura da obrigação, mas nunca prescinde de conceitos civis fundamentais, como sujeito, capacidade, contrato, compra e venda, etc.

a noção de boa-fé, que pode ser objetiva. Se o Direito das Obrigações dá fundamento ao plexo de relações jurídicas que a Administração busca produzir na sua relação com o administrado, por certo que não se pode negar esteja também sujeita a efeitos decorrentes da boa-fé.

A boa-fé objetiva, no universo administrativo, apresenta peculiaridades próprias, mas sempre com remissão ao substrato principiológico que lhe foi dado pelo Direito Privado. Ou seja, se pretende afirmar que o Direito Público não procurou reinventar o instituto, assim como não reinventou o Direito Civil para dele se utilizar como alicerce necessário as suas disposições extravagantes.

A essência do instituto, como elemento normativo impositivo de uma cooperatividade leal passa também a irradiar efeitos nas relações estabelecidas entre Estado e cidadão. Todavia, de início cabe rejeitar uma ingênua e descuidada recepção, sem as necessárias adaptações que a realidade da regulação estatal exige, não se podendo negar as fundamentais diferenças entre a seara privada, na qual o não proibido está permitido, e a pública, que inverte a lógica da liberdade residual, própria do Direito Civil.

De toda forma, possível afirmar que a boa-fé objetivada não se desnatura ao ingressar nessa nova fronteira, apenas sofre adaptações. A sua função hermenêutico-normativa de imposição comportamental de cunho cooperativo está presente e exigirá, como faz dos agentes privados, a mesma correspondência no vínculo soberano-súdito. A concepção clássica dos estados nacionais, reforçada e secularizada pela burocratização crescente pós Revolução Francesa, de supremacia do interesse público, pelo menos no vínculo particular individual, cede também espaço a cooperação e mútua

dependência, que servem de mecanismo auxiliar para a efetivação teleológica do próprio Estado (fins últimos do Estado).

Conclui-se, portanto, que a boa-fé objetiva no Direito Público não pode ser confundida com prerrogativa da Administração, pois não necessariamente a coloca em posição de exigência sobre o particular; nem como garantia individual do cidadão, pois nem sempre concede direitos, mas também impõe deveres. Trata-se, portanto, de cânone hermenêutico que permite a “revelação”³⁷ de deveres mútuos entre as partes (Estado e cidadão) na regulação do processo relacional (relação jurídica como processo³⁸).

O Professor Jesús González Pérez aborda bem o ponto, dessa perspectiva duplicada:

“La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. (...)

La aplicación del principio de la buena fe, por otra parte, comportará la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados.”³⁹

³⁷ O termo revelação no sentido mesmo que aclarado o conceito de boa-fé objetiva no capítulo anterior, quer dizer, como meio de visualização de deveres não expressamente postos pela lei ou vontade, mas exigíveis do ponto de vista de um comportamento socialmente esperado.

³⁸ Retomando toda a teoria de Couto e Silva da obrigação como processo, que não deixa de ser relação jurídica. Ver: COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

³⁹ PÉREZ, Jesús González. **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1989, p. 69.

Aclarado o núcleo mínimo do instituto, na sua forma fundamental, que não sofre distorções pela norma coletiva, resta o mais exaustivo trabalho de adequação de suas partes flexíveis aos ditames do direito extravagante. Ainda que parasitária e dependente do Direito Privado, a norma pública segue lógica própria, extravasa ao ordinário, pois regula relações pautadas por rígidos princípios informadores, que garantem a observância da lei (vinculação do agir público aos ditames da vontade política da norma), dos ditames da igualdade e atuação eficiente.

Aqui importa lembrar a lição do Professor Paulo de Barros Carvalho, quando se refere à projeção axiológica do direito:

*“Não é exagero referir que o dado valorativo está presente em toda configuração do jurídico, desde seus aspectos formais (lógicos), como nos planos semântico e pragmático. Em outras palavras, ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico.”*⁴⁰

O legislador quando recolhe do real os elementos recortados por sua linguagem para comporem o antecedente da norma, elege um ou alguns em detrimento de todos os demais. Assim, realizada um juízo de valor, que está na raiz dos enunciados deônticos.

Regular condutas humanas (normatização jurídica) é, portanto, um juízo de valor; uma seleção de alguns elementos, com desprezo de outros. Não possuem a expressão de ser, mas valem (ou não valem), sendo que sua existência depende do ser, do objeto, ao qual aderem.

⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 174.

Ainda, segundo o professor Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁴¹, os valores são centros de significado, que expressam preferência por certas expectativas. Portanto, nessa passagem ao Direito Público, necessário atentar para esses “significados-preferências”, ou seja, para os valores que o legislador adotou na estruturação da norma pública.

Assim, quanto à boa-fé objetiva, necessário abortar as possíveis objeções à recepção do instituto e as necessárias adaptações, pelas quais deve passar para ter plena eficácia nesta seara do Direito Público. Tal tarefa implica em “travessia” pelo sólido e denso corpo principiológico, que expressa uma forte carga valorativa (juízo de valor), regente do universo da Administração, notadamente expresso na Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A análise segue, então, na visualização, ainda que sem finalidade exaustiva, das pontuais, mas relevantes, alterações na funcionalidade da boa-fé, postas por cada princípio da Administração.

2.2.2 Da Boa-fé objetiva e os Princípios da Legalidade e da Moralidade

⁴¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

De início, cabem os questionamentos quanto à compatibilidade entre o Princípio da Legalidade e a boa-fé objetiva, considerando que esta, pelo menos no mundo privado, tem o efeito produtivo de deveres laterais, assim como integrativo de condutas não prevista em lei ou estipuladas pela vontade. Quer dizer, como seria possível acolher no âmbito administrativo instrumental capaz de produzir obrigações não expressamente previstas em lei, desafiando a lógica invertida da Administração, na qual o não previsto está vedado.

O Professor Jesús Pérez apresenta argumentação sintética, porém, incisiva:

“El que sólo sea legítima la actuación administrativa cuando cuenta con una cobertura legal previa no implica que esa actuación quede sometida exclusivamente a la norma que la ampara. La cobertura legal previa condiciona ‘ab initio’ la legalidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación”⁴²

Em outras palavras, o fato de sempre ser exigível a presença da lei para fundar o agir administrativo, não significa que a Administração não sofra os efeitos de todos os demais elementos da ordem jurídica. A boa-fé objetiva, como instrumento de efetividade principiológica, é elemento normativo do ordenamento e, como tal, sujeita o agir público, a pensar de seu início depender da autorização legal.

“A seu turno, os princípios da lealdade e da boa fé são condições do convívio jurídico. Não se compreenderia que a própria

⁴² PÉREZ, Jesús González. **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1989, p. 36.

ordenação normativa abonasse ou fosse complacente com a má-fé. Menos, ainda, se compreenderia que os administradores, exatamente quando a lei lhes outorgasse discricção, isto é, esfera de certa liberdade para melhor atender o ordenamento, pudessem expedir ato desleais ou que burlassem a boa fé, salvo abraçando-se a tese absurda de que a Administração não tem compromisso com os valores que a lei consagra.”⁴³

Ademais, o próprio artigo 37 da Carta Política traz expresso, em igualdade de posição como a legalidade, o Princípio da Moralidade como necessário a boa ordem da Administração. Pode-se, assim, argumentar que a boa-fé objetiva tem lugar, tem sede no âmbito constitucional, encontrando abrigo na moralidade⁴⁴.

Retomando o que já explicitado no capítulo anterior, a objetivação da boa-fé implica tê-la como modelo de conduta, como ferramenta comparativa do agir em relação a determinado padrão – este estabelecido com vista a atingir a finalidade do Direito. Portanto, a moralidade de que fala a Constituição não abriga a boa-fé do tipo subjetiva, aquela que questiona a intenção maliciosa do agente, mesmo porque sendo a Administração figura jurídica não natural, não possui intenção própria ou autônoma, sendo apenas apresentada pelo agente administrativo, este sim podendo agir maliciosamente.

Quer dizer, o servidor público que age movido pela intenção dolosa de contrariar a lei, produz ele mesmo o ilícito, não expressando a vontade válida da Administração. Portanto, a Constituição e demais leis para ele preveem a reprimenda penal ou por improbidade, além dos deveres de ressarcimento. O agir de má-fé, contrariamente à

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionabilidade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 98.

⁴⁴ Mais sobre boa-fé e Princípio da Moralidade: GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

boa-fé no sentido subjetivo, só pode ser do agente público, que, por certo, se desviou de todos os princípios esculpidos no artigo 37.

Diferentemente, a situação em que a Administração atua na forma da lei, pensa estar atuando dentro dos limites de discricionariedade da lei, mas, na opção ou caminho escolhido para agir, contraria um esperado padrão de conduta ou uma legítima expectativa, aí sim infringindo a boa-fé objetiva. A ação infratora agora é da Administração, mas, por inobservância de determinado imperativo de ação, fere o Princípio da Moralidade, sem que se lhe possa acusar de ofender a impessoalidade, a legalidade, publicidade, etc.

Portanto, a superação da objeção posta pelo Princípio da Legalidade está justamente na exigência da moralidade, que torna positivo o dever de condução da Administração segundo algum referencial. No entanto, fale-se em moralidade em sentido técnico-jurídico, não como abertura para o ingresso da filosofia moral, sendo a boa-fé objetiva ferramenta capaz de densificar o imperativo constitucional na condução das atividades do Estado.

No campo infraconstitucional, a boa-fé encontra abrigo na Lei 9.784/99, que rege o processo administrativo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

Nesse panorama, a boa-fé não surge como negação da legalidade, ao contrário, é limitadora da atuação contrária às finalidades, ao *telos do* agir administrativo. Ainda que dentro de um espectro de aparente legalidade, mesmo resguardado por um âmbito de discricionariedade, a conduta estatal pode e deve se sujeitar a padrões de boa-fé, a imperativos de escolha e comportamento que espelhem a finalidade do agir público, concretizando as determinações do artigo 37 da Carta Política.

Traçando um paralelo, assim como a boa-fé objetiva desafia a supremacia da autonomia da vontade no âmbito do Direito das Obrigações, viabilizando um fluxo de deveres outros, cuja função é justamente a preservação da finalidade última da relação obrigacional; na seara administrativa, coloca em perspectiva a supremacia da Administração Pública, impondo determinado agir com vista à preservação e à efetivação de suas próprias finalidades⁴⁵.

Nessa linha, percebe-se, retomando o capítulo anterior, que, pela via da boa-fé objetiva, introduz-se no Direito Público, árido e limitado por natureza, a mesma oxigenação axiológica dado ao Direito Civil, atuando como ferramenta jurídico-interpretativa para a exigência de deveres de cooperação e lealdade, densificando (dando normatividade) às finalidades administrativas de respeito às garantias individuais, gestão do Estado, promoção da dignidade humana, etc.

Importante perceber que, assim como uma visão unicamente voluntarista esteriliza o direito das obrigações – provoca o esvaziamento dos fins últimos do

⁴⁵ Como finalidades da Administração, fica livre a definição entre tantas já trabalhadas pela doutrina, como a manutenção da paz, a efetivação da dignidade humana, a gestão do estado, etc.

acerto de vontades –; uma percepção rígida da legalidade (reforçada pela vedação de atuação da Administração sem prévia previsão legal) neutraliza os valores públicos que o Direito Administrativo visa mesmo proteger. Portanto, nas relações, aqui em sentido *amplíssimo*⁴⁶, entre Administração e administrado, a boa-fé atua como mecanismo jurídico impositivo de deveres comportamentais, jus-axiologicamente informado. Dessa forma, “faz[-se] o trânsito do peso mais significativo – no arco do princípio da segurança – da legalidade estrita para a proteção da confiança, permeando-o com um viés de dinamismo”⁴⁷.

No entanto, como já ressaltado, ainda que se possa dar abrigo à boa-fé objetiva no interior do Princípio da Moralidade (como que uma casa, um lugar referencial), não significa que lá esteja unicamente como garantia do indivíduo frente ao Estado. Não se presta apenas a vedar determinados comportamento da Administração, pois é cooperativa, tem dois lados. Por consequência, autoriza a exurgência de imperativos de comportamento também direcionados ao cidadão, sem que, com isso, ofenda a legalidade.

Assim, recepcionar uma visão objetiva da boa-fé, posicionando-a no centro da normatividade do Direito Público (o artigo 37 da Constituição), significa dar operatividade cooperativa – ou de duas-mãos – aos princípios lá postos. Especificamente quanto aos princípios aqui tratados, significa dizer que a moralidade é não exigível apenas do Estado, mas também do administrado; assim como o respeito à legalidade é dúplice.

⁴⁶ Amplíssimo para designar todas as relações de direito público que o estado mantém nas diferentes áreas do direito, inclusive a relação processual estabelecida pelo Poder Judiciário.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos**. Revista CEJ, Brasília: CEJ, n. 27, out./dez. 2004, p. 114.

Por certo, a especulação teórico-abstrata é por demais frágil e suscetível a incompreensões, sendo que o recurso à casuística, mesmo hipotética, sempre contribui à difícil tarefa da expressão escrita. Tomando como cenário a relação administrativa estabelecida pelo contrato administrativo, antecedido da licitação, no qual os termos do acordo estão previamente previstos no ato convocatório, ou seja, rigidamente adstritos à legalidade, havendo previsão de prestação de garantia, conforme o artigo 56 da Lei 8.666/93:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Prestada a garantia na modalidade fiança bancária, prevista no parágrafo primeiro do citado artigo⁴⁸, após o transcurso de certo tempo do contrato, requer o contratado a alteração da garantia por fiança de outra instituição financeira, alegando ter obtido a garantia a custos mensais menores. A lei, a expressa e estrita legalidade, aponta para a pactuação voluntária e não potestativa da alteração:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

(...)

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

(...)

⁴⁸ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

Nesse cenário de legalidade, não havendo qualquer conveniência positiva para a Administração, não haveria instrumental normativo para exigir o exercício da discricionariedade e a aceitação da alteração contratual, que favorece comodamente o contratante e em nada altera a garantia em favor da Administração. No entanto, aqui se apresenta a boa-fé objetiva como forma integrativa de deveres extralegais, na medida em que não se mostra razoável ou compatível com uma conduta cooperativa, que deve pautar a relação, a negação da alteração, causando ônus desnecessário ao contratante. Ainda que sem previsão legal expressa, deve a Administração consentir com a repactuação pontual, pois mais compatível com os fins do contrato administrativo, qual seja, o equilíbrio entre ônus e prestações na consecução dos fins públicos, representados pelo objeto da avença.

Analisando situação de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos, assim já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aplicando a boa-fé:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 8.666/93. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. 1. Em respeito à boa-fé e lealdade, princípios que devem informar os contratos em geral, sejam os regidos pelo direito privado, sejam os regulados por disposições de direito público, não se pode conceber que uma das partes arque, sozinha, com todo o custo decorrente da mudança das condições em que entabulada a avença, privilegiando-se tão-somente a regra do pacta sunt servanda. E tal faculdade, de alteração das cláusulas do contrato não pode ser interpretada como um poder único e exclusivo da Administração, pois quando a lei diz que a alteração se dará por acordo das partes nas hipóteses especificadas nas alíneas 'a' a 'd' do inciso II, de seu art. 65, não autoriza a Administração a negar, ao seu talante, a revisão contratual quando verificada a ocorrência de uma dessas hipóteses. Se assim o legislador houvesse pretendido fazer, teria inserido tais alíneas no inciso I do art. 65, que trata das hipóteses em que a Administração pode alterar o contrato de forma unilateral. Ou seja, a faculdade de alterar o contrato por acordo de vontades, instituto próprio da teoria geral dos contratos, não se insere na esfera de discricionariedade administrativa que, uma vez reconhecida, não permitiria a reavaliação, por parte do Poder Judiciário, da decisão

tomada pela Administração, no caso, de negar a revisão do contrato. (...). 7. Apelação improvida.⁴⁹

Paralelamente, ainda na conjectura de um contrato administrativo, o contratante, apesar de constar do instrumento convocatório ou dos termos do negócio, tem com a Administração, em virtude da cooperação objetiva, deveres de informação e alerta. Exemplificando, se na execução do projeto perceber erro ou mesmo alternativa técnica viável para melhor executar, mesmo que implique redução do valor orçado e contratado, deve assim informar o ente público e, conseqüentemente, acordar com o reequilíbrio do contrato para menos. Frise-se, ainda que não obrigado, deve ser o que dele se espera objetivamente, pois a finalidade do contrato é a busca do melhor equilíbrio entre ônus e prestações na realização do objeto, não o lucro máximo do contratante.

Em suma, a boa-fé objetiva, ao limitar ou ampliar as disposições da lei, antes de desafiar a legalidade, lhe dá efetividade máxima, pois reduz o abismo existente entre a abstração legal e as finalidades públicas por ela buscadas. Como já referido, dá oxigenação axiológica, não teórica, mas prática, melhor integrando a ordem jurídica a seus propósitos.

Defendido até este ponto a compatibilidade da recepção do instituto, apesar da exigência de rígida legalidade administrativa, viabilizada também pela moralidade (está normativa e não filosófica), resta ainda questionar que adaptações, que transformações este cenário limitativo (o não previsto está proibido) impõe à boa-fé objetiva. No Direito Privado, ainda que não absoluta, a vontade das partes contratantes é a fonte fundamental dos vínculos contratuais, portanto, a boa-fé é aplicada como forma de exigir determinado padrão

⁴⁹ TRF4, AC 2001.71.00.012987-0, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 22/04/2009. (grifos nossos)

de comportamento (lealdade, honestidade, etc.) na perspectiva horizontal, entre partes de mesmo plano⁵⁰.

É certo que se busca fomentar uma cooperatividade para reforçar ou promover os fins da própria espécie contratual, vista como inserida no contexto econômico-social da coletividade. Ou seja, apesar de prevalência da vontade e do interesse individual, a boa-fé objetiva atua impondo deveres e limitando direitos para permitir o regular processamento da relação jurídica, o que, em última análise, favorece àqueles interesses individuais das partes.

Claro que a fluência natural dos negócios jurídicos também favorece aos interesses sociais e coletivos da sociedade, ou seja, sempre existirá um interesse público subjacente. No entanto, este não será imediato, pois a operatividade da boa-fé visa diretamente o favorecimento do processo obrigacional com relação às partes contratantes e à função do contrato.

No entanto, no Direito Público, a vontade dá lugar às exigências da lei (Princípio da Legalidade). As relações administrativas, como regra, surgem, se transformam e são extintas pela lei e nos termos da lei. O vínculo está totalmente adstrito ao quadro legal, assim, não se tem um referencial de vontade privada, na consecução de objetivos individuais no tráfico comercial. As finalidades do liame administrativo são as da lei, postas pela lei⁵¹, portanto, o agir administrativo estará sempre pautado pela consecução do interesse coletivo.

⁵⁰ Aqui uma justificativa para a metáfora da planície, onde as relações, em regra, ocorrem em mesmo plano; diferente das montanhas, onde, necessariamente, uma das partes está em plano mais alto (Administração).

⁵¹ Lei em sentido amplo, todo o plexo de normatividade do ordenamento, no sentido de legalidade.

É nesse particular que o Princípio da Legalidade impõe adaptações à boa-fé objetiva. Enquanto que na seara privada o “quadro” dentro do qual a relação concreta é avaliada pelo intérprete é a hipótese contratual e a condição das partes; no mundo público este está relacionado aos fins coletivos, às pretensões do Estado de dar efetividade à lei, que espelha as opções político-constitucionais da sociedade.

Em outras palavras, a boa-fé no Direito Público, ainda que mantenha sua fundamental estrutura de modelo jurídico-normativo, tem limites bem mais delineados, impondo um agir cooperativo não entre indivíduo-indivíduo, mas entre indivíduo-coletividade. O mútuo apoio exigido das partes, o comportamento honesto e legal, busca primeiro a preservação e a efetivação das finalidades públicas⁵².

Portanto, o padrão de conduta que se pode exigir, a legítima expectativa que se protege, em suma, o *standard* jurídico, é aquele: que de um lado reflete a conduta esperada de uma administração que busca dar efetividade aos primados do Estado⁵³; que do outro espelha o agir de um cidadão comprometido com a ordem pública, com o Estado Democrático (ambiente público) e com o patrimônio público.

Dessa forma, a boa-fé não pode se desviar da legalidade, nem pode ser caminho aberto para que o intérprete faça incluir no sistema suas concepções morais,

⁵² Novamente, para evitar equívocos conceituais, são essas as finalidades próprias do Estado na organização da sociedade. Não se confunde com o interesse público específico e momentâneo, em determinando ato administrativo, como buscar despender menos recurso nesse ou naquele contrato, etc.

⁵³ Aqui importante lembrar o artigo 3º da Constituição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

devendo o panorama normativo posto ser, portanto, o ponto de partida e o ponto de chegada de sua aplicação. É, pois, a lei o referencial mais concreto das finalidades últimas do Estado, sendo a sua efetivação, a facilitação de sua material e concreta aplicação, a potencialidade normativa da boa-fé objetiva no Direito Público – exigir padrões mútuos de conduta que, ainda que não expressos na norma, são a partir dela razoável e mutuamente esperados.

2.2.3 Da Boa-fé objetiva e o Princípio da Publicidade e da Eficiência

Seguindo a análise pelos demais princípios, necessário sempre retomar a ideia de duplicidade, de duas vias na aplicabilidade da boa-fé objetiva. Ainda na “travessia” pelos princípios do artigo 37 da Carta Política, questionam-se as implicações que as exigências de publicidade e eficiência trazem ao instituto, nessa tentativa teórica de transporte à seara pública.

A publicidade encerra a exigência de a Administração tornar público, dar conhecimento de seus atos à coletividade. Em um Estado que se pretenda “de Direito”, o Poder Público deve ser exercido de forma visível, às claras, sujeitando-se, assim, ao controle popular.

Este axioma encerra uma série de situações em que o recurso à boa-fé se mostra necessário a sua maior concretização. Deve, portanto, ser lido na perspectiva tanto da Administração, como do administrado, pois de ambos podem ser exigidos comportamentos relativos à publicidade.

Não apenas o Estado tem o dever de tornar públicos os seus atos, como conclamado repetidas vezes pela doutrina e pela jurisprudência, tornando-se lugar comum; mas também a informação publicizada deve ser buscada pelo administrado. Na medida em que se pode falar na legítima expectativa de serem os atos estatais tornados públicos, também se pode esperar a cooperação do indivíduo na busca da informação publicada.

São as circunstâncias concretas, os detalhes da relação em julgamento, que permitem revelar a adequação da forma utilizada para a publicidade e a suficiência da ação do cidadão na busca pela informação. Tornar público é tão relevante à cooperação, como tomar ciência do publicado.

Novamente, evitando a especulação vazia, recomendável recorrer à casuísta. A jurisprudência guarda reiteradas decisões relativas à forma de comunicação de atos administrativos, sendo paradigmática aquela utilizada por algumas entidades para o chamamento de candidatos aprovados em concurso público. A questão foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO PARA NOVA ETAPA. EDITAL PUBLICADO EM DIÁRIO OFICIAL. LONGO LAPSO TEMPORAL ENTRE O TAL CHAMAMENTO E A REALIZAÇÃO DA FASE IMEDIATAMENTE ANTERIOR. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidato aprovado em concurso público contra ato que o teria excluído do certame. O impetrante recorrente alega que, apesar de ter tomado conhecimento da sua aprovação na primeira etapa do concurso por meio de edital, somente nove meses após isso é que houve a convocação para a perícia médica. Entende violado seu direito, por não ter sido intimado pessoalmente para a avaliação médica.

2. *Há entendimento pacífico nesta Corte no sentido de que caracteriza violação ao princípio da razoabilidade a convocação para determinada fase de concurso público apenas mediante publicação do chamamento em diário oficial quando passado considerável lapso temporal entre a realização ou a divulgação do resultado da etapa imediatamente anterior e a referida convocação, uma vez que é inviável exigir que o candidato acompanhe, diariamente, com leitura atenta, as publicações oficiais.*
3. *Na espécie, o recorrente foi convocado para a avaliação de títulos do certame em edital publicado em 27.1.2009, sendo convocado genericamente nesse mesmo edital para avaliação médica em 1.9.2009.*
4. *E, mesmo não havendo previsão expressa no edital do certame de intimação pessoal do candidato acerca de sua nomeação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a Administração Pública deveria, mormente em face do longo lapso temporal decorrido entre as fases do concurso (mais de 8 meses), comunicar pessoalmente o candidato sobre a nova fase, para que pudesse exercer, se fosse de seu interesse, o exame médico.*
5. *Recurso ordinário em mandado de segurança provido.*⁵⁴

No caso, o Impetrante, após ter tomado ciência de sua aprovação em concurso público por edital, foi, nove meses depois, convocado pelo mesmo meio para comparecer a exame médico, tendo faltado à solenidade por não ter tomado ciência do edital. A Corte Especial decidiu não ser razoável exigir do candidato que acompanhasse indefinidamente e por longo período as publicações oficiais, tendo consignado o Ministro Relator em seu voto:

*“Há entendimento pacífico nesta Corte no sentido de que caracteriza violação ao princípio da razoabilidade a convocação para determinada fase de concurso público apenas mediante publicação do chamamento em diário oficial quando passado considerável lapso temporal entre a realização ou a divulgação do resultado da etapa imediatamente anterior e a referida convocação, uma vez que é inviável exigir que o candidato acompanhe, diariamente, com leitura atenta, as publicações oficiais.”*⁵⁵

⁵⁴ STJ, RMS 34.304/ES, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 06/09/2011, DJ-e 14/09/2011.

⁵⁵ STJ, RMS 34.304/ES, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 06/09/2011, DJ-e 14/09/2011. (grifos nossos)

Ainda que haja referência à “razoabilidade”, o fato é que a Corte entendeu inexigível do impetrante o monitoramento diário das publicações do Estado. A situação concreta demonstrava que não se podia esperar do candidato que assim o fizesse, mesmo com expressa previsão no edital. A conduta da Administração, que demorou considerável espaço de tempo para promover as convocações após a provação, atenda contra a boa-fé objetiva, contra uma conduta esperada para dar efetiva publicidade.

É certo que a convocação foi publicizada por edital, tornou-se de conhecimento público, no entanto não atendeu a deveres de cooperação no caso. O tempo decorrido e o fato de se tratar intimação direcionada a pessoa certa e determinada depõem contra a ação estatal, que desafia legítima expectativa do cidadão de ser chamada para os exames de admissão no cargo público. Aqui, nesta situação específica, ainda que a informação tenha se tornado pública (edital), não o foi da forma adequada, cabendo ao julgador, na análise do comportamento da Administração, aferir que pela boa-fé objetiva não houve efetiva publicidade.

Distinta a situação, contudo, da promulgação de determinada lei abstrata e geral e sua publicização no Diário Oficial. Nessa situação é inexigível do Estado que dê pessoal conhecimento a todos os seus cidadãos; a lógica se inverte, pois agora é razoável esperar que o administrado tome conhecimento da nova norma, busque a informação, coopere com o espaço público, se propondo a tomar pé da nova situação jurídica da coletividade.

A definição, portanto, da forma de publicidade e dos deveres de busca da informação são reveladas no caso concreto, mas sempre tendo em cota uma efetiva e real publicidade – aquela que razoavelmente se pode esperar.

Da mesma forma, opera-se com o Princípio da Eficiência, determinando a racionalização dos recursos do Estado, tencionando um ideal aproveitamento das disponibilidades coletivas. Como refere a Professora Odete Medauar: “(...) o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população”⁵⁶.

Aqui também se pode esperar da Administração ação que vise a uma rápida solução das demandas públicas. Como destaque, pode-se falar na gestão de processos pelo Poder Judiciário para a solução das contendas em tempo razoável; bem como, paralelamente, no dever dos usuários do sistema em não provocar movimentações inúteis da máquina judicial e dos terceiros em respeitar a autoridade e a ordem dos magistrados, dando rápido atendimento às suas determinações⁵⁷.

Em resumo, a boa-fé objetiva sofre novas adaptações na perspectiva desses dois princípios, que se agregam ao viés de legalidade já discutido no item anterior. Na conformação interpretativa do caso, a busca da publicidade efetiva e da eficiência máxima também se agregam aos fins que formam o “quadro” em que a densificação do instituto terá lugar, modalizando o agir individual e da Administração.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 133.

⁵⁷ Deveres estes inclusive positivados de forma aberta nos artigos 16 e 17 do Código de Processo Civil.

2.2.4 Da Boa-fé objetiva e o Princípio da Impessoalidade

Seguindo o discurso sobre a transição da boa-fé para o Direito Público, o Princípio da Impessoalidade é analisado separadamente por provocar algumas adaptações mais delicadas no instituto – nessa passagem da planície para a montanha. Assim como a máxima da legalidade impõe profunda mudança de perspectiva, trazendo a efetivação da lei para o centro, a impessoalidade exclui do “quadro” de interpretação alguns elementos que são considerados quando trabalhando com o Direito Privado, melhor dizendo, fortemente considerados.

Como já referiu a Professora Judith quando discorreu sobre a aplicabilidade em concreto da boa-fé no Direito Civil: *“por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente lógico-subsuntivo”*⁵⁸. Ou seja, a situação individual da parte no contrato, sua superioridade ou inferioridade cultural, suas capacidades econômicas, etc., sempre no comparativo em relação as outras partes da obrigação, têm influência na concretização do instituto.

A questão é muito corriqueira, já chegando ao ponto de se tornar lugar-comum, quando se aborda a questão da hipossuficiência do consumidor nas relações

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, jul. 1992, p. 127. (grifos nossos)

próprias, as situações de mera adesão e submissão ao prestador de serviços, etc. Sendo da tradição da norma civilista a relação entre iguais, a regulação de contratos “na planície”, por certo que as disparidades concretas acabam, sob o manto da boa-fé, a revelar necessários deveres de informação, cooperação e lealdade, calcados neste desnível de natureza subjetiva. É doutrina fértil, em ebulição constante nos bancos acadêmicos e nos embates jurídicas dos Tribunais de Justiça.

Contudo, nos domínios do direito extravagante, a norma classicamente é construída pressupondo posições diversas e, principalmente, é imaginada para ter aplicação geral, para ser verdadeiro mecanismo de gestão e controle de toda coletividade. Independente das circunstâncias individuais de cada administrado, a norma tem incidência igualitária.

Importante não confundir aplicação igual da norma, com neutralidade da norma. Certamente, o Estado soberano, pretendendo favorecer seus cidadãos de idade avançada, por exemplo, pode editar leis nesse sentido, concedendo benefícios. Contudo, pelo Princípio da Impessoalidade, estas serão aplicadas a todos os súditos em mesma situação, fechando os olhos a pequenas circunstâncias concretas e individuais.

A impessoalidade determina que se administre para todos, sem privilégios ou exceção, cabendo apenas à lei (atividade político-legislativa) a definição de benefícios, isenções, exclusões, etc. Portanto, pode-se falar em hipótese de “neutralização”, ainda que não total, das circunstâncias subjetivas individuais da relação administrativa.

Os deveres de agir, inseridos pela boa-fé objetiva, devem ser construídos buscando os fins específicos do Direito Público (interesse coletivo), não como caminho para exceções e privilégios. Pela impessoalidade, é vedado o tratamento diferenciado, desviado dos fins públicos ou favorecido, não interessando qual a situação do cidadão na relação com o Estado. Portanto, os deveres de boa-fé são neutros do ponto de vista do administrado, cabendo à lei, ou mesmo a outros princípios e recursos jurídicos, estipulação de eventuais diferenciações.

Em outras palavras, nas mesmas condições objetivas da relação jurídica, estando presentes as mesmas circunstâncias, as eventuais diferenciações quanto à pessoa do administrado não podem ingressar na atividade interpretativa de construção hermenêutica-integrativa da boa-fé para o caso, pois são matéria neutralizada por imperativo constitucional (impessoalidade). Se assim não for, a boa-fé pode vir a se tornar meio de relativização ou superação da lei, permitiria operações interpretativas, tais como, determinar a não incidência de tributos, sob a falácia de que não condiria com a boa-fé arrecadar dos mais pobres.

A boa-fé objetiva no Direito Público está posta para operacionalizar uma cooperativa aplicação da lei, dar-lhe pujança e efetividade, mas não para impor um juízo moral de justiça individual do julgador, em um processo de superação da norma. Assim, na sua concretização, deve-se questionar se, em dada situação, considerando o panorama normativo posto, é razoável exigir da Administração ou do cidadão determinada conduta tendo em conta a totalidade coletiva e os fins públicos.

Retomando o exemplo apresentado da convocação do candidato aprovado. A constatação de que o uso apenas do edital é insuficiente para uma adequada publicidade não decorre da situação de ser o Impetrante distraído, inculto, desfavorecido, de residir em zonas de difícil acesso, etc. A ofensa à boa-fé está no fato de, objetivamente, ou seja, na forma de *standard*, não é leal ou esperado o chamamento a qualquer candidato (culto ou inculto, com acesso ao Diário Oficial ou não) por edital, passado tanto tempo da publicação da aprovação.

Em síntese, ainda que ciente de se estar sujeito a pesadas críticas, defende-se que os elementos do caso decorrentes da situação subjetiva do cidadão – situação está que não prevista na hipótese da norma geral e abstrata, porque se o for, já terá havido a opção política, não havendo falar em utilização da boa-fé –, na relação de Direito Público, não podem ser considerados, por força da impessoalidade, para a definição do padrão de conduta exigível dos envolvidos.

2.3 Da Boa-fé no Direito Público: por um modelo teórico

Feitas estas considerações, tendo tentado, ainda que de forma limitada e não exaustiva, transpor o instituto do Privado para o Público, possível um esquadramento da boa-fé objetiva no Direito Público. Assim, define-se o ferramental interpretativo a ser utilizado na perscrutação do fenômeno da fraude à execução, relação processual e, portanto, regida pela norma pública.

Buscando resgatar os pontos de forma sintética, tem-se como instrumento jurídico-hermenêutico capaz de provocar alterações na esfera jurídica dos sujeitos da relação de Direito Público, determinando padrões de conduta de mútua cooperação, visando diretamente – e aqui residem as adaptações defendidas – aos fins do interesse público (bem coletivo, gestão do Estado, etc.), com a real efetivação da lei pública (ordem politicamente posta), na perspectiva e nos limites do artigo 37 da Constituição. O âmbito de interpretação, ou seja, o “caldo de normatividade” que servirá de fonte para a densificação dos deveres de boa-fé dependerá sempre da perspectiva normativa do Direito Público (do conteúdo das leis *lato sensu* vigentes e suas finalidades) em aplicação no caso – ponto no qual se distânciava da boa-fé do Direito Comum, que pode beber da fonte da vontade, do contrato, das finalidades do negócio jurídico, etc.

SEGUNDA PARTE: A FRAUDE À EXECUÇÃO NA PERSPECTIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

1 DA FRAUDE À EXECUÇÃO COMO UMA RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO: Características, Requisitos e Aplicação da Boa-Fé Objetiva

1.1 Diferenciação entre Fraude à Execução e Fraude contra Credores quanto à Relação Jurídica Subjacente

Feitas as considerações da parte anterior, numa tentativa de melhor definir a natureza da boa-fé objetiva na sua atuação na seara pública, antes de abordar especificamente o seu tratamento para as relações de fraude à execução, necessário o esclarecimento deste instituto. A definição precisa de sua natureza como relação jurídica público-processual, sua estrutura normativa e seus elementos é indispensável para a elucidação do momento no qual o recurso à boa-fé se torna necessário.

A melhor abordagem para uma dissecção do instituto decorre de dois métodos: primeiro, uma comparação entre a fraude à execução e seu correspondente material, a fraude contra credores, considerando a proximidade; segundo, o alinhamento da argumentação de forma racional pela análise dessas figuras jurídicas pela Teoria da Norma.

1.1.1 Fraude à execução e Fraude contra Credores: abordagem comparativa

Novamente, o estudo por comparação caminhará do Direito Privado ao Público, melhor definindo os institutos. A operatividade normativa das figuras, nascidas e

com eficácia em planos distintos – material e processual – decorre justamente de sua sustentação Privada ou Pública.

Iniciando com a fraude contra credores, é instituto de Direito Civil, inserido no Código de 2002 na parte dos defeitos dos negócios jurídicos (Livro III, Título I, Capítulo IV). Sua normatividade vem melhor desenhada nos artigos 158 a 165, sendo que, primeiramente, importam as seguintes disposições:

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

A fraude contra credores é hipótese de vício da avença, gratuita ou onerosa, que tenha lesado credores quirografários⁵⁹, pois a disposição patrimonial pelo devedor provocou ou foi praticada na chamada situação de insolvência, caracterizada pela ausência de bens penhoráveis suficientes para fazer frente as suas dívidas⁶⁰. Conforme lecionam os professores Marinoni e Arenhart:

“A ‘fraude contra credores’ é instituto de direito material, representando defeito do negócio jurídico que importa alienação ou oneração patrimonial, praticado por quem está em condições de

⁵⁹ São os credores sem garantia, tendo a lei, por força do §1º do artigo 158, estendido tal prerrogativa aos credores com garantias reais que tenham se mostrado insuficientes, pois parte de seu crédito acabaria por desaguar na situação geral dos credores sem privilégios.

⁶⁰ Conforme a definição literal do artigo 748 do Código de Processo Civil: “dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”.

*insolvência – criada por fato anterior ou pelo próprio negócio jurídico – em prejuízo dos seus credores. Viola-se aqui os interesses privados dos credores, (...)*⁶¹

No entanto, a lei faz expressa diferenciação de requisitos para a configuração da hipótese tratando-se ou de atos gratuitos, ou onerosos. Para as transações gratuitas (como as doações), a sua anulação pode ser providenciada, ainda que alienante e adquirente ignorem o estado de insolvência. Quer dizer, pela norma, irrelevante a ciência dos envolvidos quanto à situação do devedor, basta o negócio praticado com redução ao, ou já na vigência do, estado de insolvência e a existência do crédito em data anterior, como exige o parágrafo segundo do artigo 158. Paralelamente, contudo, tratando-se de alienação onerosa, exige-se a notoriedade ou a ciência do adquirente quanto a este vício do negócio (estado de insolvência), conforme o artigo 159.

Antes de abordar outros pontos relevantes deste instituto, cabe ressaltar, desde logo, sua natureza eminentemente privada, com produção de efeitos apenas na seara do Direito Civil, para o atendimento direito de interesses primordialmente privados. A via legal de anulação de negócios em fraude contra credores viabiliza a proteção destes últimos, dando-lhes legitimidade para interferir na relação jurídica obrigacional praticada por terceiros, buscando sua invalidade.

Inserem-se no regime das anulabilidades, pois seu acolhimento importa nulidade efetiva do negócio, com retorno do bem ou valor ao patrimônio original do devedor. Como destaca o artigo 165 do Código Civil:

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. v. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.

Portanto, estamos frente a uma disciplina eminentemente material, que se movimenta e erradia seus efeitos dentro do sistema de Direito Civil. Resgatando as imagens de Pontes de Miranda, a fraude contra credores atinge o Plano da Validade dos negócios jurídicos, buscando, com o afastamento do negócio de alienação, promover o retorno do valor ao conjunto de bens e direitos do devedor. A intenção é recompor a garantia fidejussória ou pessoal, que é a regra geral da responsabilidade patrimonial em nosso ordenamento, pois “*o devedor responde, (...), com todos os seus bens presentes e futuros*”⁶².

O valor, que já havia se incorporado ao patrimônio do adquirente – pois o negócio existia, valia (ainda não anulado) e produzia efeitos⁶³ –, retorna ao domínio do devedor. O reconhecimento da nulidade (disciplina das anulabilidades) provoca o desequilíbrio do plano da validade, tirando a sustentação do plano da eficácia.

Em suma, a fraude contra credores provoca alterações de cunho repristinatório nas esferas jurídicas dos agentes privados, interferindo em relações regidas pelo Direito Civil. Da mesma forma, o interesse diretamente⁶⁴ buscando pela norma é o dos credores quirografários, na busca da efetivação de seus créditos.

⁶² Expressão retirada do artigo 591 do Código de Processo Civil:

Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

⁶³ Novamente Pontes de Miranda, com os Planos da Existência, Validade e Eficácia.

⁶⁴ Usa-se a expressão “diretamente”, pois, em última análise, toda ordem justa na equalização de direitos e deveres acaba buscando a efetivação de valores sociais de integração e dignidade humana.

Estabelecida sua natureza eminentemente material, cabe voltar à especificação de seus elementos mais importantes e destacados pela doutrina. Exige-se para sua configuração dois requisitos, quais sejam: o *eventus damni*, consistente no prejuízo causado à garantia dos créditos, pela configuração da insolvência; e *consilium fraudis*, que, em regra, é identificado pela ciência atual das partes na alienação (devedor-alienante e adquirente) de que o ato implica prejuízo a credores.

Quanto ao último, importante ampliar o debate, pois tem influência na discussão da fraude à execução, causando ruídos de interpretação. O *consilium fraudis*, na origem da expressão, caracteriza a má-fé do devedor que aliena o bem e do adquirente, tencionados a prejudicar os credores do primeiro. Ou seja, como pensado no Direito Romano clássico, falava-se no requisito do *animus nocendi*, ou seja, não bastaria a ciência do estado de insolvência, mas seria necessário “*um propósito direto de prejudicar os credores*”⁶⁵, quer dizer, a intenção do negócio praticado seria o maldoso desvio patrimonial para prejudicar credores.

Contudo, tal visão impunha aos quirografários difícil posição jurídico-probatória, pois a formulação de tal exigência colocava ao lado situações em que, supostamente, o devedor estaria agindo para tentar recuperar suas finanças ou capitalizar-se para visar um futuro pagamento das dívidas. Quer dizer, o requisito estaria impondo aos interessados o ônus de demonstrar que seu devedor não teria agido com o fim honroso de tentar, no mercado, a sua recuperação – como se estivesse vendendo um bem para investir em nova fonte de renda, etc.

⁶⁵ CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

Assim, boa parte da doutrina tem entendido o *consilium fraudis* como a mera consciência das partes envolvidas nos negócios quanto ao estado de insolvência.

Bastaria a prova da ciência, como leciona o Professor Yussef Said Cahali:

“De resto, a doutrina mais recente acabou se firmando no sentido da desnecessidade do ‘animus nocendi’, bastando, para configuração do ‘consilium fraudis’, que o devedor tenha consciência de que do ato praticado resultará a sua insolvabilidade, ou a agravará, se preexistente; sendo a fraude pauliana simplesmente um estado de espírito, basta-lhe o conhecimento, pelo devedor, do prejuízo que o ato praticado vai causar aos seus credores; portanto, a fraude consiste na ciência que tem o devedor das obrigações a seu cargo e da insolvabilidade que resulta do ato incriminado, não sendo necessário para caracterizá-lo o propósito deliberado de frustrar seus credores já existentes, pois a função social da revocatória exige que seja possível a reação do direito contra a simples previsibilidade do dano, que resultaria da alienação; desfalcando conscientemente o seu patrimônio, está ínsita na conduta do devedor, em termos de presunção irrefragável, a intenção de fraudar a garantia de seus credores; pois, conhecendo o devedor o prejuízo que de seu ato pode resultar, o devedor implicitamente o está assumindo, o que importa em concluir que teria havido, de sua parte, o desejo de prejudicar os credores.”⁶⁶

De toda forma, com a redação do vigente Código Civil de 2002, a questão parece estar superada, como refere a lei que a hipótese estaria configurada “*quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante*”⁶⁷. Em suma, estando claro que a insolvência era algo de conhecimento geral ou certamente do conhecimento do “*outro contratante*” (o adquirente, na relação com o devedor), estaria então presente o *consilium fraudis*.

⁶⁶ CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 168.

⁶⁷ Art. 159 do Código Civil.

Seguindo nesses detalhamentos, é importante ressaltar que a própria norma excepciona a necessidade deste segundo elemento na fraude para o caso de alienações gratuitas. O artigo 158 é claro, se referindo ao estado patrimonial deficitário, que o vício existe “*ainda quando o [a insolvência] ignore*”. Portanto, nas doações, renúncias e remissões, podem os prejudicados postular a anulação do negócio, buscando o efeito repristinatório dos haveres daquele que deve, sem a prova do *consilium fraudis*.

A postulação de anulação deve ser promovida por meio de ação autônoma, ou seja, necessária a intervenção judicial pela via da Ação Pauliana. Esta tem origem no Direito Romano de produção pretoriana, como instrumento para contornar as manobras do devedor no esvaziamento patrimonial, considerando a supressão dos meios de execução corporal com a *Lex Poetelia Papiria*⁶⁸. Trata-se, atualmente, de ação de provimento desconstitutivo, por meio da qual se busca a anulação do negócio jurídico capaz de desfaltar os recursos do devedor.

Resumidamente, a fraude contra credores se estrutura como instituto de Direito Privado, voltado especificamente a proteção de credores sem garantia real contra o desfazimento patrimonial do devedor. Portanto, é direito material e disponível aos interessados na consecução de seus interesses individuais, estando inclusive sujeitos ao prazo decadencial do artigo 178 do Código Civil⁶⁹. “*Viola-se aqui interesses privados dos*

⁶⁸ A lei data aproximadamente de 313 B.C. e revogou a forma de “auto-empenhamento”, espécie de penhor do próprio corpo por dívidas, conhecida como *nexum*.

⁶⁹ Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;
II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

credores, o que dá a esta figura tratamento menos severo do que o dispensado à fraude à execução”⁷⁰.

Nesse ponto particular, qual seja, na natureza da relação jurídica tutelada, que reside diferença crucial a este trabalho com relação à fraude à execução. Nesta última, que ocorre quando já existente um vínculo processual, protege-se diretamente a dignidade da Justiça, a efetividade da jurisdição estatal ou mesmo a integridade da relação processual executiva; apenas indiretamente ou por consequência os interesses do exequente. Quer dizer, a fraude à execução, que é viabilizada no seio do processo de execução, encerra uma relação de Direito Público, decorrente de norma instrumental, que interfere na esfera jurídica de terceiros ao processo.

Efetivada já na pendência do feito executivo, cujo objetivo é a excussão patrimonial e o efetivo pagamento do credor, dispensa a figura da ação autônoma. A fraude à execução é instituto processual incidental à lide que visa proteger.

Passando à conceituação, a fraude à execução é instituto de Direito Processual e vem regulada pelo artigo 593 do Código de Processo Civil:

*Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
III - nos demais casos expressos em lei.*

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. v. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 262.

regido pelas normas civis – as normas da relação obrigacional que estipulam o dever de pagamento e o inadimplemento –, pelo menos não diretamente, mas para promover a efetivação da tutela jurisdicional, no caso, executiva.

São esses os fins do instituto, favorecer o interesse público na promoção da Justiça por meio da criação de um vínculo relacional sancionador entre o Estado-juiz – aquele que dirige o processo e está autorizado a fazer uso da coerção estatal – e o terceiro adquirente, que terá seu bem sujeito à execução. Estabelece-se, portanto, um vínculo de Direito Público e no interesse da coletividade.

Enquanto que na fraude contra credores existe uma relação jurídica de alienação de bens entre o devedor e terceiro, que posteriormente é anulada, o que acaba por eliminar a relação privada de transferência patrimonial; na fraude à execução surge, em benefício do interesse público, nova relação – de natureza integralmente processual, portanto pública – que convive em paralelo com aquela primeira. Quer dizer, como a fraude à execução atua no plano processual, portanto, público, não interfere no vínculo de direito privado entre devedor e adquirente, apenas torna os efeitos deste “ineficazes” frente ao processo de execução, vinculado uma parte (o bem alienado em fraude) do patrimônio do terceiro ao Estado-juiz, por força da execução.

Esta figura processual não anula ou suspende o negócio jurídico praticado com relação ao bem, pois este continua no patrimônio do adquirente, que, perante terceiros (*erga omnes*), permanece no exercício do *dominium*. Ao contrário, estabelece-se outra relação pública entre Administração, aqui na gestão da Justiça, no exercício do “Terceiro Poder”, e administrado, sujeitando este mesmo bem à execução.

A doutrina dominante fala em ineficácia do negócio de alienação em relação ao exequente, como se atingisse parcialmente o terceiro plano do negócio jurídico, ou seja, como se operasse apenas no plano do Direito Material, atingindo a eficácia do negócio. Ainda que a expressão tenha grande potencial elucidativo da mecânica do instituto – ao ponto de continuar a ser usada neste estudo de forma explicativa –, como crítica, não representa fielmente o que se passa no plano jurídico.

A correta definição da estrutura normativa da fraude à execução passa – feitas as considerações acima sobre a diferença dos institutos em termos narrativos – por uma necessária análise das figuras pela chamada Teoria da Norma Jurídica, suas implicações e relações. Só assim, será possível visualizar com a necessária clareza lógico-racional a operatividade interna de ambos os institutos e as claras diferenças.

1.1.2 Fraude à execução e Fraude contra Credores: abordagem pela Teoria da Norma

A pretensão de trabalhar sobre a perspectiva de uma teoria exige, por certo, a tomada de posição teórica, a sujeição do estudo ao um conjunto certo de pressupostos e construções doutrinárias que serviram de sustentação à análise. Nessa abordagem sob a perspectiva da Teoria da Norma, opta-se por fazer uso da construção linguística defendida e apresentada pelo Professor Paulo de Barros Carvalho⁷², também fundada nas luzes do

⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

Professor Lourival Vilanova⁷³. Sem grandes pretensões de aprofundamento, trata-se de teoria, pode-se dizer, retórica, inserida no espectro do “giro linguístico”, no qual a linguagem se encerra sobre si, afastando-se das visões ontológicas de correspondência entre proposição e objeto à ela externo.

Nessa linha, o Direito é um objeto cultural do homem, uma linguagem com a função pragmática de prescrever condutas, buscando interferir em comportamentos sociais – pode-se dizer em comportamentos no interior de relações intersubjetivas – para conduzi-los a determinado conjunto de finalidade/valores inseridos na própria conformação significativa desta linguagem. É verdadeiro instrumento linguístico empregado pelo homem para a ordenação social, na perspectiva de valores postos pela cultura social. Como linguagem, não passa de um agrupamento estruturado de signos ou símbolos voltados à comunicação convencional, podendo, portanto, apenas ser apreendido por meio dos textos, do substrato físico dos signos – o Direito é também texto.

O Professor Paulo de Barros Carvalho posiciona o Direito como linguagem, mas de sobrenível, como metalinguagem. Considerado a adoção de um referencial teórico-retórico, o doutrinador toma como pressuposto da realidade social uma linguagem (que também chamou de linguagem social), que não a descreve, mas a constitui. O Direito, ou melhor, a linguagem do Direito – prescritiva, ou seja, organizada deonticamente – incide sobre a linguagem social para juridicizar fatos, compondo uma realidade jurídica, nas palavras do professor, uma “*facticidade jurídica*”⁷⁴.

⁷³ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

⁷⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

Feitas essas considerações, necessárias a um posicionamento teórico, interessa ao trabalho o estudo da estrutura da norma jurídica⁷⁵, com unidade do sistema normativo, o que viabiliza a melhor apreensão do fenômeno da fraude à execução.

A norma é, portanto, significação – construída a partir dos textos jurídicos – com a estrutura deôntica, ou seja, hipotético-condicional. Como esclarece a Professora Aurora Tomazini:

“Uma significação, para expressar a completude da mensagem legislada, além de ser construída a partir dos textos do direito positivo, deve estar estruturada na forma hipotético-condicional, pois esta é a fórmula lógica das ordens, é assim que as linguagens prescritivas se manifestam formalmente.”⁷⁶

Portanto, toda norma jurídica pode-se dizer estruturada de forma que: se ocorrer a hipótese prevista no antecedente, deve ser a relação jurídica prevista no consequente. Em fórmula lógica: $D(H \longrightarrow C)$; na qual ‘H’ é a hipótese, a descrição do fato de ocorrência possível; ‘C’ é o consequente, que descreve a uma relação jurídica; sendo este implicado pelo segundo, representado pelo modal de implicação deôntico (‘D’ e \longrightarrow).

Na hipótese ‘H’, está presente uma proposição descritiva, seletora de possível fato natural ou social, cuja futura e incerta ocorrência será condição para a realização das consequências jurídicas da norma. Como refere Vilanova, pode-se falar em

⁷⁵ Apenas para esclarecimento teórico, fala-se em norma jurídica em sentido estrito, conforme posicionamento do Professor Paulo de Barros Carvalho, para designar uma significação em forma hipotético-condicional (propositiva ou deôntica), decorrente da construção do intérprete debruçado sobre os textos normativos (suporte físico). Ver: CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 268.

⁷⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 269.

“*caráter seletivo do descritor*”⁷⁷, tendo o legislador, por ato de vontade, optado por determinadas ocorrências, em detrimento de outras, o que provoca uma redução da realidade, jurisdicionando alguns fatos apenas.

Implicado dêonticamente, na ocorrência da hipótese ‘H’, tem lugar as prescrições do conseqüente ‘C’, que delimitará uma relação jurídica – por conseqüência, intersubjetiva – que se colocará entre dois ou mais sujeitos, como decorrência da verificação da hipótese. A conseqüência implicada na norma jurídica é a descrição do surgimento de relação jurídica entre sujeitos, um efeito da verificação dos fatos juridicizados no descritor antecedente.

Portanto, o conseqüente compreende uma proposição relacional, prevendo o estabelecimento de um enlace jurídico intersubjetivo. Como o direito visa justamente a regulação de condutas pela estipulação dessas relações, serão necessariamente qualificadas como permitidas, proibidas ou obrigatórias. Em suma, o conseqüente estipulará um vínculo de direitos e deveres entre sujeitos por ele determinados.

Sendo o direito instrumento de controle e regulação social, não há juridicidade da norma sem a correspondente sanção ao descumprimento da relação estipulada no conseqüente ‘C’. Se assim não fosse, as normas jurídicas confundir-se-iam com normas morais e éticas, pois destituídas da coercibilidade estatal que lhe dá o selo de jurídicas.

⁷⁷ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 52.

Assim, ainda na perspectiva do Construtivismo Lógico-Semântico, pode-se falar em norma jurídica completa, ou seja, aquela que compreende a norma primária, que prescreve a conduta devida; e a secundária, que estipula a sanção de cunho processual a ser requerida ao Estado-juiz para fazer valer a norma primária. Ambas as unidades normativas dessa “norma completa” terão a estrutura sintática mínima implicacional $D(H \rightarrow C)$, com o destaque apenas que a hipótese da norma secundária necessariamente será a desatendimento do dever decorrente da relação jurídica posta pelo consequente da norma primária. Quer dizer, desatendida a prescrição posta pela consequência da norma primária, estará verificada a hipótese da norma secundária.

A verificação da hipótese de descumprimento implicará, como não poderia deixar de ser, a consequência sancionadora do ato contrário ao direito, que estipula hipótese relacional de atuação do Estado-juiz no exercício da coerção estatal. Em resumo, a norma secundária terá como consequente “*um vínculo de ordem processual, mediante a qual se postula o exercício da coatividade jurídica (...), para assegurar a garantia de um direito*”⁷⁸. Em linguagem simbólica resumida:

$$D\{ [H \rightarrow C] \vee [H'(-C) \rightarrow S] \}^{79}$$

Com esses instrumentais, é possível tentar redesenhar a estrutura normativa de ambos os institutos – da fraude contra credores e da fraude à execução – na

⁷⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 305.

⁷⁹ Sendo D e o símbolo de seta a implicação deôntica; H a hipótese primária; C a consequência primária que prevê uma relação jurídica que explicita direitos e deveres; H'(-C) a hipótese secundária, marcada como o inadimplemento da consequência da primária; e S a sanção como relação processual de exercício da coerção estatal no consequente da norma secundária.

tentativa de demonstrar as claras diferenças entre ambos, especialmente no que diz respeito aos sujeitos envolvidos na relação consequente da norma primária, diferenciando a natureza pública e privada de cada norma.

Seguindo a mesma metodologia, toma-se por primeiro a norma jurídica da fraude contra credores. A norma, significada a partir dos textos normativas, coloca como sua hipótese H a existência dos requisitos, anteriormente abordados, do *eventus damni* – consistente na configuração da insolvência – e do *consilium fraudis* – ciência atual de que o ato de alienação implicará prejuízo a credores.

Presentes os elementos da hipótese apontados pelo legislador, então dever ser a consequência da norma, representada por uma relação jurídica entre: de um lado o credor protegido pela norma; do outro o devedor e qualquer terceiro que pretenda a aquisição do bem; tendo como modal a proibição de que seja promovida a alienação. Caso venha a ocorrer o fato proibido, ter-se-á por verificada a hipótese H' da norma secundária, cujo consequente será a relação processual sancionadora de anulação do negócio jurídico, tendo o Estado-juiz como sujeito dessa relação processual.

Tentando colocar em símbolos, sem qualquer rigor científico:

$$D\{[H \longrightarrow R(\text{Cred.}, \text{Dev.}, \text{Terc.})] \vee [H'(-C) \longrightarrow S(\text{Cred.}, \text{Est.}, \text{Dev.}, \text{Terc})]\}$$

Sendo D e \longrightarrow a implicação deôntica; H a hipótese composta do *eventus damni* e do *consilium fraudis*; R a relação proibitiva de alienação entre o credor 'Cred.' e o devedor e o terceiro ('Dev.' e 'Terc.');

configurando descumprimento; S a relação jurídico processual envolvendo o Estado-juiz 'Est.', na triangulação da relação processual tendo por pretensão a anulação do negócio jurídico.

O importante é perceber que a norma primária estipula uma relação de Direito Privado, estabelecida com base na lei civil, criando por consequência uma relação proibitiva de alienação entre credor, devedor e terceiros, sem a presença do sujeito Estado-juiz. Ou seja, está na estrutura da norma reguladora da fraude contra credores seu caráter de direito material (em oposição ao processual), sendo que, apenas com o descumprimento, estará presente a relação processual sancionadora (consequente da norma secundária), cujo objeto será a desconstituição da alienação proibida e contará com a presença do sujeito Estado-juiz.

Em suma, no que cabe destacar, a conformação da hipótese H pelo intérprete, que é propulsora da consequência jurídica impositiva da relação proibitiva de alienação, se dá no seio do Direito Privado, ou seja, é norma que se pode dizer material.

Diferente, a estrutura normativa da fraude à execução que, como já defendido, encerra sempre uma norma de Direito Público, estabelecendo relações entre o adquirente e o Estado-juiz. Na norma primária, a hipótese H será composta dos requisitos da fraude à execução – litispendência (existência da ação), insolvência, *consilium fraudis*, a serem abordados em detalhes na sequência deste estudo – que, uma vez presentes, implicará a consequência, constituída de uma relação proibitiva de alienação do bem, tendo: de um lado o Estado-juiz (a norma protege o processo e a efetividade da tutela, apenas indiretamente o credor); do outro qualquer terceiro que pretenda adquirir o bem.

Na norma secundária, caso venha a ocorrer a alienação proibida, ter-se-á por verificada a hipótese H' da norma secundária, cujo conseqüente será a relação processual sancionadora de sujeição patrimonial específica (apenas aquele bem) do terceiro à execução, tendo também o Estado-juiz como sujeito dessa relação também processual. Recorrendo novamente aos símbolos:

$$D\{[H \longrightarrow R(\text{Est. , Terc.})] \vee [H'(-C) \longrightarrow S(\text{Est. , Terc})]\}$$

Sendo D e \longrightarrow a implicação deôntica; H a hipótese composta pela litispendência (existência da ação), a insolvência e o *consilium fraudis*; R a relação já processual e pública, proibitiva de alienação entre o Estado-juiz 'Est.' e o terceiro 'Terc.'; H'(-C) a efetivação da alienação configurando descumprimento; S a relação jurídico processual sancionadora envolvendo o Estado-juiz 'Est.' e o terceiro 'Terc.', tendo por objeto a sujeição do bem à execução com a sua expropriação forçada, remediando o esvaziamento patrimonial do devedor pela alienação proibida pela norma primária.

Como decorre da estrutura normativa, na fraude à execução a norma primária já regula um vínculo de Direito Público e processual, tendo como conseqüente uma relação jurídica de proibição de alienação, cujos os sujeitos são, desde logo, o próprio Estado-juiz (responsável por efetivar da tutela jurisdicional) e os terceiros eventualmente inclinados pela aquisição. Sendo norma pública, clama por uma interpretação própria da normatividade do sistema de direito público, sendo essa a fundamental diferenciação em relação à fraude contra credores, que se pretende exaustivamente demonstrar.

Descumprida a proibição, com a aquisição do bem, verifica-se a hipótese H', tendo por consequência a sanção – que também não pode deixar de ser processual, mas agora de caráter sancionador real, por estipular o efetivo uso da coerção estatal – constituída pela relação de sujeição do patrimônio específico do terceiro à expropriação forçada.

Retomando as diferenças, pode-se dizer que na fraude contra credores a norma primária estipula a proibição de um negócio jurídico que, uma vez praticado, autoriza, pela norma secundária, uma relação processual sancionadora com pretensão anulatória daquele mesmo negócio, desfazendo aquilo que não poderia ter sido feito (proibição). Por outro lado, na fraude à execução, como apenas o patrimônio do devedor pode ser atingido pela demanda executiva⁸⁰, a norma primária visa proibir que terceiros retirem bens da esfera de alcance do processo (retirem bens do patrimônio do devedor), sendo que o descumprimento é resolvido, na norma secundária, pela sujeição (uma relação processual sancionadora) desses terceiros adquirentes – que não são parte da execução e, em regra, não poderiam ter seus bens atingidos – à execução, no limite da coisa adquirida, visando a sua expropriação – que, não fosse a sanção secundária, jamais ocorreria, prejudicando a efetivação da tutela jurisdicional.

Portanto, como já apontando, cabe a crítica à expressão “ineficácia da alienação” como posta pela doutrina, que não deve ser vista como uma mutilação do terceiro

⁸⁰ Como previsto nos artigos 591 do CPC de 1973 e 789 do Novo Código:

Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

plano do negócio jurídico ocorrido fora do processo, mas apenas como designação dessa nova relação de sujeição do terceiro à execução.

Ademais, não se poderia falar em ineficácia no âmbito direito material (planos de Pontes de Miranda), como parece ser a visão da doutrina majoritária. Não há propriamente uma “ineficácia do negócio” em relação ao credor, ao exequente-autor do processo, pois este ainda deve respeitar a propriedade do terceiro adquirente para todos os efeitos. Como exemplo, tomemos a situação em que ‘A’, tendo proposto demanda executiva contra ‘B’, por crédito constituído antes da venda de um imóvel valioso por este último para ‘C’, obtém reconhecida a fraude da citada transferência. Caso o efeito da declaração fosse a ineficácia do negócio em relação a ‘A’ (parcial supressão do Plano da Eficácia), não haveria razão jurídica a negar que ‘A’, ajuizando nova demanda, mas agora com crédito constituído posteriormente à venda, pudesse penhorar o mesmo bem.

Se a declaração de ineficácia atingisse o negócio jurídico em favor de ‘A’, este não teria mais que considerar ‘C’ como dono para todos os efeitos da vida civil. O que é pior, poder-se-ia pensar em casos insustentáveis, por exemplo, se ‘A’ ajuizasse uma execução, agora contra ‘C’, não poderia postular a penhora do bem, pois o título do seu domínio é para ele ineficaz.

Na verdade, o negócio jurídico é válido e eficaz, o que a fraude à execução produz é nova relação, agora de direito público entre o Estado-juiz e o proprietário do bem. Relação esta que determina a sua sujeição à execução forçada nos limites daquele patrimônio específico, como bem tipifica o artigo 592, inciso V, do Código de Processo Civil:

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

(...)

V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.

Em reforço à argumentação, caso venha a execução a ser extinta por pagamento do devedor ou mesmo, por razões várias, sem mérito, o vínculo Administração(Estado-juiz)-adquirente também se desfaz, sucumbe juntamente com o processo. Ou seja, trata-se de uma relação com vida própria e estabelecida no bojo do processo com vista à efetivação de seus fins.

Nessa perspectiva, tendo a fraude à execução como relação de Direito Público, cabe então a análise mais detalhada dos requisitos para sua configuração. Só então, será possível aferir a aplicabilidade da boa-fé objetiva na integração de seus elementos para imprimir-lhe um caráter verdadeiramente cooperativo.

1.2 Requisitos Específicos da Fraude à Execução

Conceitua Liebman a fraude à execução da seguinte forma:

“A fraude toma aspectos mais graves quando praticada depois de iniciado o processo condenatório ou executório contra o devedor. É que então não só é mais patente que nunca o intuito de lesar os credores, como também a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair. (...). Isto é, o ato de alienação, embora válido entre as partes, não subtrai os bens à

responsabilidade executória; eles continuam respondendo pelas dívidas do alienante, como se não tivessem saído de seu patrimônio.”⁸¹

Ainda que se possa, do ponto de vista teleológico, falar na fraude à execução como correlata ou derivada da fraude contra credores, pelos argumentos já apresentados, no atual panorama normativo, ganhou atonicidade e serve a outros valores, sendo regida por outro edifício regulatório: o Direito Processual. O processo tem estrutura autônoma com relação ao direito material, como afirma o Professor Bedaque: “*encerrou-se a fase sincrética, em que o processo era tratado como mero apêndice do direito material (...)*”⁸².

Apesar de autônomo, o processo é meio, é instrumento de realização pelo Estado para a entrega da tutela jurisdicional. “*O processo, não obstante autônomo em relação aos vários ramos do direito material, é simples meio para efetivação das regras existentes naquele plano do ordenamento jurídico (...)*”⁸³.

No processo, estabelece-se relação jurídica própria, que comporta uma multiplicidade de direitos, deveres e ônus, enlaçando o Estado – este atuando na sua face de juiz do caso e gestor último do exercício forçado das razões – e as partes, além de eventuais auxiliares e terceiros que tenham de respeitar as determinações judiciais. Como refere o professor Humberto Teodoro Júnior:

⁸¹ LIEBMAN, Enrico Tullio; MELLO, Joaquim Munhoz (atualiz.). **Processo de Execução**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 108.

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 19.

⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 19.

“A pendência do processo dá lugar, entre seus participantes, a uma relação jurídica, que é a ‘relação jurídico-processual’, gerando uma série de direitos e deveres, denominados pela doutrina ‘direitos e deveres processuais’, que vinculam as partes e o próprio Estado, através do juiz: ‘iudicium est actus trium personarum’.”⁸⁴

Para os fins desta dissertação, não cabem profundas investigações sobre a dinâmica obrigacional que se desenrola no palco da ação entre autor, réu e juiz. A particularidade da fraude à execução está no específico e especial vínculo, repita-se, processual e público, que se forma entre o Estado e o terceiro adquirente do bem. A norma corporificada pelo artigo 592, inciso V, (art. 790, inciso V, do Novo Código de Processo Civil) estabelece a sujeição parcial do patrimônio de terceiro à relação executiva, tornando este também sujeito do processo – limitado ao específico dever de suportar com o bem a efetivação da tutela executiva.

O elo se dá entre o Estado e o proprietário do bem. Nosso ordenamento, diferente de outros modelos, como o americano, não conhece nexos processual entre pessoas e bens⁸⁵, sempre devendo estar, em regra, presente, nas duas pontas, uma pessoa, natural ou jurídica (excepcionalmente um ente despersonalizado, como os condomínios, a massa falida, etc.). Por tal razão, não se pode negar que, vendo-se agora sob a ameaça de expropriação forçada de seu domínio, o terceiro adquirente não esteja também em relação jurídica com o processo (com o Estado-juiz). O recurso doutrinário à ideia de ineficácia da venda frente ao

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1, p. 97.

⁸⁵ Referindo-se à chamada jurisdição *in rem*. Ver: CIGNACHI, Gustavo Chies. **Confisco civil: breves comentários sobre a necessidade e a viabilidade de sua adoção pelo direito brasileiro**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 52, fev. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao052/Gustavo_Cignachi.html> Acesso em: 08 nov. 2014.

autor, como já falado, é mera figura de linguagem, não significando a negação da formação deste outro enlace processual.

Feitas estas considerações, resta então o esquadramento desse liame, suas finalidades, tipos e requisitos. Quanto às primeiras, já exaustivamente ressaltadas como a proteção da dignidade da justiça e da efetividade da tutela executiva⁸⁶. Fins públicos que, por certo, também favorecem interesses privados (satisfação do crédito), mas o fazem como decorrência de um propósito maior direcionado à tão necessária administração da justiça⁸⁷. Assim, deve o estudo seguir para a discussão dos tipos e requisitos do instituto.

1.2.1 Espécies de fraude à execução no “Novo” e no “Velho” Código de Processo Civil

O estudo dos requisitos da fraude à execução exige uma prévia especificação, ainda que superficial, das espécies de fraudes presentes na legislação, com finalidades mais direcionadas. A superveniência da Lei 13.105/2015 obriga, da mesma forma, que a abordagem seja necessariamente comparativa, sempre colocando em questão a ocorrência ou não de inovação.

Retomando o artigo 593 do Código de Processo Civil de 1973:

⁸⁶ Pode-se falar mesmo na proteção, ainda que indireta, da tutela de conhecimento, pois de nada serve o provimento condenatório, se houver certeza da sua ineficácia pelo esvaziamento patrimonial do réu.

⁸⁷ Como proclamado por Adam Smith em palestra no ano de 1755: “*Little else is requisite to carry a state to the highest degree of opulence from the lowest barbarism, but peace, easy taxes, and a tolerable administration of justice: all the rest being brought about by the natural course of things.*” Disponível em: <<http://www.adamsmith.org/adam-smith-quotes/>> Acesso em: 08 nov. 2014.

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

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

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

III - nos demais casos expressos em lei.

Além da genérica expressa remissa à lei em geral, a norma elenca duas grandes hipóteses: a fraude na alienação da coisa litigiosa, em relação à qual se discute judicialmente a propriedade ou outro direito real sobre ela incidente, prevista no inciso I; bem como a fraude decorrente da alienação em estado de insolvência ou fraude ao crédito na alienação, que lesa este atual ou futuro crédito – decorrente de uma obrigação de pagar, ou seja, de adimplir com quantia certa – , não havendo um litígio sobre a coisa especificamente considerada, prevista no inciso II.

O Novo Código de Processo Civil elencou mais hipóteses de ocorrência da fraude, sem, contudo, na visão que se pretende dar a este trabalho, prejudicar a divisão já posta pelo Código de 1973. Assim estatui a norma que entrará em vigor:

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.

A hipótese do inciso I repete, ainda que com mais especificidade, a pretensão da norma anterior. Ou seja, destinação à proteção da coisa que já é objeto direto do litígio instaurado, havendo salutares inovações a serem abordadas. Nova norma incluiu a hipótese de ações reipersecutórias – para encerrar a discussão sobre a possibilidade de fraude em decorrência de ações sobre a coisa que não estejam fundadas propriamente em direitos reais, mas que, por direito pessoal, seguem o bem – e, o que traz mais preocupação a este estudo, parece ter restringido extremamente a aplicação àquelas hipóteses em que a ação respectiva *“tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver”*.

Por outro lado, merecem atenção os demais incisos que, num primeiro olhar, podem parecer inaugurar novos tipos de fraude, reinventando a tradição do instituto. Todavia, a ideia é falaciosa, tendo o legislador apenas desdobrado e especificado situação já abarcadas pelo – agora antigo – inciso II do artigo 593.

A norma nova repetiu no inciso IV do artigo 792 a velha fórmula da fraude *“quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”*. Por sua vez, os incisos II e III estipularam a ocorrência da fraude quando houver averbações ou registros da pendência de processos e demais restrições judiciais de toda ordem. Ora, ambos os incisos “inovadores”, na verdade, estão incluídos na hipótese mais abrangente e geral do inciso IV, pois também implicam fraude na pendência de ação, com a única diferença de já ter havido o registro da informação em algum serviço registral.

1.2.2 Fraude à execução e o requisito da litispendência

Sendo instituto de direito processual, não pode prescindir da existência da demanda para que tenha lugar. Em regra⁸⁸, o ato de disposição, alienação ou oneração, praticado quando inexistente demanda é fraude contra credores, é matéria relegada ao Direito Civil, que concede a proteção na forma dos artigos 158 e 159 do Código Civil. A negociação fraudulenta apenas atingirá diretamente os interesses da coletividade quando colocar em risco a efetivação tutela jurisdicional que, para tanto, depende da existência da demanda.

Por tal razão, fala-se na necessidade da prévia existência da lide contra o devedor. Conforme a expressão da lei, não necessariamente exige-se a preexistência da demanda ou da fase processual⁸⁹ de efetivação de uma tutela do tipo executiva, bastaria a pendência de litígio sobre a coisa – hipótese do inciso I de ambos os artigos 593 e 792 – ou de processo capaz de provocar a redução à insolvência, na forma do inciso II do artigo 593, considera-se em fraude o ato “*quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência*” – ou, conforme o novo inciso IV do Art. 792, “*quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência*”.

Quanto à hipótese de fraude na alienação da coisa litigiosa, o requisito da litispendência, na vigência do Código de 1973, seguia a mesma sorte da fraude ao crédito.

⁸⁸ Fala-se “em regra”, considerando institutos especiais, como a hipótese do artigo 185 do código tributário Nacional, que será abordado na sequência.

⁸⁹ Considerando as últimas alterações do código instrumental, retomou-se a figura do processo sincrético, no qual execução de sentença, para a exigência do pagamento de quantia certa, não é mais processo autônomo, mas fase nominada cumprimento de sentença.

A norma não especificava qualquer exigência registral prévia, sendo que o preenchimento de vazio conceitual deve, como defende-se neste estudo, ficar a cargo da boa-fé objetiva.

Todavia, a redação do inciso I do artigo 792 do Novo Código de Processo Civil impõe expressamente a ressalva: “*desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver*”. Nesse caso, quando entrar em vigor a norma, a análise da litispendência para a fraude na alienação de coisa litigiosa, quando esta mesma coisa estiver sujeita a registro, será objetiva, dependendo do registro da existência da ação fundada em direito real ou reipersecutória. Aqui, a norma nova limitou a incidência normativa, praticamente esterilizando a incidência de uma boa-fé objetiva, que em nada contribuiria para integrar norma extremamente fechada e rígida.

Por outro lado, para a alienação em fraude ao crédito, a simples existência de demanda de conhecimento com pretensão condenatória já seria suficiente para provocar o interesse do Estado na preservação da viabilidade dos meios de cumprimento, posteriores ao julgamento da lide. Ainda que a fraude vá produzir efeitos apenas na fase executiva, quando serão penhorados bens do devedor (e do terceiro adquirente), basta que o ato dispositivo tenha sido praticado por ocasião da demanda cognitiva.

Contudo, a extensão das expressões “*corria (...) demanda*” ou, considerando a nova redação, “*tramitava (...) ação*” no texto da norma trazem dificuldades quanto à definição de tipo. Certamente, como já dito, não haveria razão para duvidar do seu alcance para abarcar a ação de conhecimento e a execução, no entanto, permanecem as dúvidas para as ações cautelares e demais provimentos judiciais de ordem não civil, como as cautelas e ordens de indisponibilidade proferidas pelo juízo criminal; bem como

divergências quanto ao momento em que existira demanda, se exigindo ou não a efetiva citação. Precisamente aqui, na abertura do conceito, que a boa-fé objetiva tem papel; pode, considerando o panorama normativo e o caso concreto, dar um norte para a aplicação, dando a efetividade pretendida pela própria norma.

Como metodologia, as contribuições da boa-fé serão apresentadas no próximo capítulo, referenciada a cada requisito apresentado neste, cuja função é apenas a apresentação dogmática do instituto da fraude à execução. Basta, por ora, perceber que a figura exige a lide já em curso.

1.2.3 Fraude à execução e o requisito da insolvência

Conquanto não esteja presente para a hipótese de fraude do inciso I do artigo 593⁹⁰ ou do artigo 792⁹¹ – que decorre apenas da existência de mero litígio sobre a coisa, pois sobre ela se questiona e a ela se buscará ao final, pela obrigação de entrega da coisa –, a configuração da insolvência é indispensável à fraude ao crédito na alienação de bens, exigindo análise. Refere Liebman da seguinte forma:

“Desta disposição [art. 895 do Código de Processo Civil de 1939] resulta que, quando os bens alienados constituem objeto instrumental da execução (n. II), a caracterização da fraude depende da prova do prejuízo, ou seja, da falta ou insuficiência de

⁹⁰ Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

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

⁹¹ 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;

outros bens do executado, ao passo que para os bens que são objeto final da execução, este requisito não é exigido, podendo-se procurá-los em mãos de terceiros, qualquer que seja a consistência patrimonial do executado.”⁹²

A insolvência aqui é a mesma para a fraude contra credores, resgatando o conceito do artigo 748 do Código de Processo Civil⁹³:

Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor.

A disposição deve ser interpretada com o inciso II do artigo 593 (inciso IV do artigo 792 do diploma novo), especialmente na exigência temporal. Quer dizer, ao tempo do ato de disposição já deveria estar o devedor, réu do processo, em insolvência ou a demanda tinha o potencial de colocá-lo nesta posição (“*demanda capaz de reduzi-lo à insolvência*”). Ademais, o artigo 750 dispôs sobre o ônus probatório, colocando o devedor – ou o terceiro adquirente que tenha interesse em provar a inoccorrência da fraude – na posição de provar sua solvência:

Art. 750. Presume-se a insolvência quando:
I - o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora;
II - forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III.

⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio; MELLO, Joaquim Munhoz (atualiz.). **Processo de Execução**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 109.

⁹³ Cabe destacar que as disposições do Código de 1973 sobre a insolvência e a execução respectiva permanecerão em vigor, conforme o artigo 1.052 do Novo Código:
Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Ambos os incisos citados trazem a presunção relativa de estar o devedor insolvente pelo só fato de não ter mais bens livres ou ter sofrido a restrição cautelar de arresto do seu patrimônio. Assim, ao devedor cabe a prova da solvência e, por consequência, ao adquirente de bens suspeitos de fraude, pois lhe interessa a não configuração da hipótese legal de fraude.

Em suma, para a ocorrência da fraude à execução, prevista no inciso II do artigo 593 ou seus correspondentes no Novo Código, indispensável a existência de um estado insolvência, atual ou provocado pelo ato de transferência ou imposição de ônus. Ressalte-se, fraudulenta e causadora de insolvência é o ato negócio que dissipa o patrimônio e não a demanda, apesar da redação truncada do inciso. Quer dizer, presume-se a insolvência do devedor que não apresenta bens à penhora, mas pode ele provar que à época da venda, possuía bens suficientes para fazer frente às suas dívidas, bem como ao exigido pela demanda. Eventual insolvência posterior ao ato de alienação, decorrente dos infortúnios da vida comercial, pode induzir a fraude dos atos posteriores (praticados em insolvência ou que reduzam a ela), mas não torna fraudulento ato praticado anteriormente, com reserva de bens.

A questão, portanto, na vida prática se reduz ao ônus de provar esta situação. Justamente nestas circunstâncias, o terceiro adquirente, por ter agido contemporaneamente ao negócio, é chamado, como se verá na análise do próximo capítulo, pela boa-fé objetiva a exigir e resguardar provas da solubilidade do devedor.

1.2.4 Fraude à execução e o requisito do *consilium fraudis*

Como refere o Professor Yussef Said Cahali⁹⁴, citando doutrina de Pontes de Miranda, Liebman e Mendonça Lima, entre outros, o requisito do *consilium fraudis* foi sempre considerado dispensável pela lei. Falava-se em uma intenção fraudulenta *in re ipsa*, na medida em que não se lhe exigia a prova, bem como não se aceitava prova em sentido contrário, configurando verdadeira presunção *iuris et de iure*.

Merece destaque o fato de que a redação assim permanecer na Lei 13.105/2015, não prevendo expressamente seu artigo 792 qualquer requisito específico quanto ao ânimo fraudulento de qualquer das partes da alienação objeto de contestação.

O ato de desfazimento patrimonial em desfavor da atuação estatal na promoção da justiça, pelo veículo processual já em incurso, seria de tamanha gravidade – aqui em comparação com a fraude contra credores – que não toleraria qualquer ato do réu tendente à alienação ou à oneração. Da mesma forma, o estado de espírito do adquirente (boa ou má-fé) de nada serviria para sua proteção, pois inoponível ao interesse público e à dignidade da Justiça.

Como leciona o citado professor, sintetizando a concepção anterior:

“Em síntese: tratando-se de fraude de execução, em qualquer das modalidades previstas no art. 593 do CPC, a ineficácia do ato de alienação ou oneração decorreria de uma presunção ‘iuris et de iure’, absoluta, irrefragável, de fraude, dispensada portanto a

⁹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 501.

respectiva prova; sem que uma eventual boa-fé do adquirente, ou recíproca, por irrelevante, seja capaz de elidi-la”⁹⁵

Esta, inclusive, é a leitura possível em uma primeira passada sobre os termos do artigo 593 – e mesmo do novo artigo 792 –, ainda com a redação original datada de 1973, que, em comparação com o moderno artigo 159 do Código Civil, não faz qualquer menção ou expressa exigência ao requisito da má-fé do alienante e ou adquirente do bem em fraude.

Contudo, o instituto, nos últimos anos, tem sofrido um processo de redução ao conceito de fraude contra credores. Gradativamente, a exigência de um *consilium fraudis*, consubstanciado na efetiva ciência pelo adquirente do bem da existência da lide, infiltrou-se no processo de subsunção da norma, retirando o fôlego da figura e equivalendo-a, cada vez mais, a uma espécie de fraude contra credores incidental – aquela que dispensa processo autônomo.

Uma justificativa capaz de ser “cientificamente provada” não parece ser achada na doutrina, ficando claro apenas um caminhar na flexibilização do rigor da lei. Somente suposições e hipóteses podem ser levantadas, que dizem respeito ao, pode-se dizer, “estado da arte” da gestão processual e dos Registros Públicos no século passado.

Poderiam ser levantados dois grandes fatores que teriam contribuído para o surgimento, na prática diária, de situações concretas insustentáveis, nas quais a aplicação “fria” do artigo 593 provocaria mais danos à integridade e à segurança do direito

⁹⁵ CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 503.

que sua flexibilização, quais sejam: o abandono recente, apenas pela Lei 6.015 de 1973, da técnica da transcrição imobiliária, por sua natureza confusa, desorganizada e de difícil tradução, para adoção do sistema de matrículas; e as limitações materiais do Poder Judiciário em todos os Estados brasileiros, considerando a morosidade dos processos num mundo pré-computadores. Todos esses fatores contribuíam para a desinformação, a demora em registros e na obtenção de certidões, em suma, produziam casos concretos em que, por certo, o adquirente estava em difícil situação no que diz respeito à avaliação dos riscos jurídicos da alienação.

Independente do realmente ocorrido, é fato que a jurisprudência nacional passou a exigir o *consilium fraudis* para a configuração da fraude à execução nos atos de transferência onerosa de patrimônio. Quer dizer, a confusão dos institutos tornou-se maior, ao ponto de os artigos 158 e 159 do Código Civil se tornarem verdadeiros referenciais interpretativos para a fraude à execução.

Nos atos gratuitos, doação, remissão, etc., permaneceu a dispensa da prova da má-fé, como o é para a fraude à execução. Aqui, sem grandes dificuldades, o bem recebido por graça não pode permanecer no patrimônio do terceiro em prejuízo do credor, pois o adquiriu sem qualquer contrapartida, assim não há justificativa para seu enriquecimento com prejuízo alheio. Importante verificar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1163114/MG, foi buscar no Código Civil o fundamento para não se perquirir da má-fé quando a fraude decorrer de doação, conforme ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMÓVEL PENHORADO. DOAÇÃO DOS EXECUTADOS A SEUS FILHOS MENORES DE IDADE. AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA.

IRRELEVÂNCIA. FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 375/STJ.

1. No caso em que o imóvel penhorado, ainda que sem o registro do gravame, foi doado aos filhos menores dos executados, reduzindo os devedores a estado de insolvência, não cabe a aplicação do verbete contido na súmula 375, STJ. É que, nessa hipótese, não há como perquirir-se sobre a ocorrência de má-fé dos adquirentes ou se estes tinham ciência da penhora.

2. Nesse passo, reconhece-se objetivamente a fraude à execução, porquanto a má-fé do doador, que se desfez de forma graciosa de imóvel, em detrimento de credores, é o bastante para configurar o ardid previsto no art. 593, II, do CPC.

3. É o próprio sistema de direito civil que revela sua intolerância com o enriquecimento de terceiros, beneficiados por atos gratuitos do devedor, em detrimento de credores, e isso independentemente de suposições acerca da má-fé dos donatários (v.g. arts. 1.997, 1.813, 158 e 552 do Código Civil de 2002).

4. Recurso especial não provido.⁹⁶

Ou seja, o instituto da fraude à execução, antes autônomo, reinando forte na seara processual e impondo pesadas consequências em favor da efetivação do processo, reduziu-se a tal ponto que o intérprete teve que se socorrer da norma substantiva da fraude contra credores, para poder afastar a exigência da má-fé quando estiverem em jogo atos gratuitos (artigo 158 do Código Civil). A postura é reflexo da consolidação, naquele mesmo Tribunal Superior, de uma reviravolta interpretativa, radicalizando a exigência da prova da má-fé, com a edição da criticada Súmula 375, com o seguinte enunciado:

“O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”⁹⁷

⁹⁶ STJ, REsp 1163114/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 16/06/2011, DJ-e 01/08/2011. (grifos nossos)

⁹⁷ STJ, Súmula 375, Corte Especial, julgado em 18/03/2009, DJ-e 30/03/2009.

O enunciado, salvo melhor juízo, merece todas as críticas que lhe são dirigidas⁹⁸, pois, em uma única frase, mistura o natural direito de seqüela dos bens penhorados⁹⁹ – que não se confunde – com a fraude à execução, assim como aniquila o que há de diferencial no instituto, impondo ao credor a prova da má-fé do adquirente.

Excepcionando apenas quando existente registro da constrição, caso em que, curiosamente, seria dispensável falar em fraude à execução – bastaria aplicar a seqüela natural da penhora –, todas as demais situações exigiriam uma prova do credor quanto à má-fé do adquirente.

Tomando-se, como exemplo, a situação de uma demanda de conhecimento, com pedido condenatório em que, uma vez citado, o réu aliena seus bens. Nesse caso, caberá ao autor fazer prova de que o comprador tinha ciência da existência e do conteúdo da ação, prova esta que será exigida anos depois da transação, pois apenas na execução da referida ação de conhecimento, tornando praticamente impossível ou, para fazer uso da conhecida expressão, “diabólica” a prova.

⁹⁸ Uma mais completa análise da construção, pode-se dizer, “torta” da súmula é exposta por Pablo Bezerra Luciano, em artigo no qual demonstra a confusão do STJ na interpretação das peculiaridades dos procedentes, culminando no verbete. Ver em: LUCIANO, Pablo Bezerra. **A boa-fé do adquirente na fraude à execução: pelo cancelamento da súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça**. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília: v.6, n. 2, dez. 2012, p.19-52.

⁹⁹ Havendo penhora do bem, inclusive registrada, não há falar em fraude à execução, mas em seqüela do bem, que já se encontra juridicamente vinculado à execução. Não se exige a prova da insolvência do devedor, apesar de a lei não vedar a sua alienabilidade. Exceção à regra, impondo inalienabilidade ao bem penhorado encontra-se no artigo 53, §1º, da Lei 8.212/91, que trata da penhora de bens em executivo fiscal promovido pela União, suas autarquias e fundações públicas:

Art. 53. Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor. § 1º Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.

Passou-se de uma total neutralidade ou objetividade do instituto, radicalizada na dogmática anterior, para uma plena subjetivação, exigindo a prova da má-fé do adquirente, consistente na ciência da existência da demanda ou restrição contra o devedor. Ambas as visões, defende-se aqui, não merecem acolhimento: a primeira, peca por fazer vistas grossas às dificuldades encontradas na publicação de atos processuais e na busca de informações pelo interessado em adquirir bens; a segunda, retira todos os deveres de cooperação e cuidado que se poderia exigir do pretense comprador e coloca todos os riscos sobre o credor lesado.

O que se pode perceber é que a inadequação das interpretações decorre, em parte, da negação da fraude à execução como uma relação de Direito Público estabelecida entre o Estado-juiz e o atual proprietário do bem. Não se podem buscar fundamento normativo no direito privado, como tem feito o Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo impor a norma processual de forma fria, como se o terceiro nada tivesse com a questão.

Tratando-se de relação jurídica de natureza pública – mesmo que incidental, mesmo que dependente do processo, mesmo que a incidir apenas sobre parte do patrimônio do terceiro – que vincula Estado-cidadão, cabe a sua análise como tal. Não cabe discorrer sobre boa-fé ou má-fé do devedor ou mesmo do credor, uma vez que, presente o poder-dever do juiz de efetivar a tutela executiva, importa apenas perquirir sobre a adequada configuração dos requisitos da relação de fraude à execução, considerando estarem ou não presentes os elementos que legitimam o agir público (promover a constrição do bem) e inexistirem razões que excluam a conduta do adquirente do campo de abrangência da norma.

Portanto, é nessa visão relacional, autônoma e pública, que a boa-fé objetiva – já considerando todas as adaptações necessárias e referidas na primeira parte deste trabalho – pode vir a regradar a amplitude dos deveres impostos ao adquirente e, principalmente, permitirá julgar a conduta deste na aquisição do patrimônio do devedor. Ou seja, se o atuar foi pautado pelos imperativos de cooperação e de lealdade frente à Poder Público, na adoção das precauções necessárias – se agiu objetivamente de boa-fé.

Encontra-se, assim, “termo-médio” na interpretação da fraude à execução. Não se esteriliza a figura processual, tornando-a uma hipótese rígida e neutra do ponto de vista axiológico, algo inaceitável no atual sistema normativo; nem se deixa sua aplicação à mercê da difícil prova de estados de espírito ou intenção. Recorre-se, portanto, à boa-fé objetiva como forma de preencher a norma de axiomas relativos à boa convivência e à lealdade nas relações sociais, cuja amplitude e implicações seguem analisadas no próximo capítulo.

1.3 Fraude à Execução Especialíssima: a hipótese do artigo 185 do Código Tributário Nacional

Não se poderia terminar o capítulo em que se pretende aclarar a figura processual em discussão sem a abordagem, em destaque, da especialíssima hipótese do artigo 185 do Código Tributário Nacional. Usa-se o termo para realce da sua unicidade, justamente por ter aplicação limitadíssima a uma única espécie processual e na execução de um crédito específico, qual seja: a execução fiscal de crédito tributário regularmente inscrito em dívida ativa. Contudo, apesar de aplicação limitada no universo de instrumentais

disponíveis ao estudo dogmático, na prática tem enorme incidência, considerando que as execuções fiscais se tornaram, numericamente, uma das maiores demandas do Poder Judiciário.

Passando ao exame do tema, cabe iniciar referindo que a Lei Complementar 118/2005 trouxe significativa alteração nas disposições do artigo 185 do Código Tributário Nacional. Na redação original da norma, a presunção de fraude dependia da existência de “*crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução*”, devendo o aplicador aferir se o negócio jurídico praticado pelo devedor fora celebrado antes ou após sua citação na execução fiscal já proposta.

Tratava-se de verdadeira “fraude à execução fiscal”, pois fraudulento seria o negócio jurídico lesivo ao processo executivo. A configuração da fraude prevista na norma tributária dependia da instauração do procedimento especial de cobrança.

No entanto, o texto legal passou a ter a seguinte redação:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

A inscrição regular em dívida ativa, mesmo que ainda não executado o crédito na esfera judicial, tornou-se o marco jurídico para a incidência da norma. Como

referido com muita propriedade por Nelson Monteiro Neto¹⁰⁰, não se pode mais falar em “*fraude à execução fiscal*”, mas apenas em “*fraude contra a Fazenda*”, pois a hipótese legal teve sua incidência antecipada para antes da propositura de qualquer processo executivo fiscal.

Agora, a ocorrência da fraude pode ter lugar antes mesmo da execução fiscal, sendo esta apenas a seara processual na qual a hipótese poderá ser aventada pela Fazenda exequente e reconhecida pelo juízo, restando ao terceiro adquirente a defesa pela via dos embargos de terceiros.

São requisitos expressamente previstos pela norma tributária para a ocorrência da fraude contra a Fazenda: (i) a regular inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa; (ii) a celebração de negócio jurídico visando à alienação ou oneração de bens ou rendas após a inscrição e (iii) a ausência de outros bens ou rendas reservados pelo devedor, suficientes para o pagamento do débito.

Presentes todos os requisitos, o devedor inscrito passa à situação que podemos descrever como de “insolvência tributária”, mesmo que ainda não regularmente citado em execução fiscal. O poder de disponibilidade de seus bens sofre uma “desqualificação jurídica”. Todo o ato do contribuinte como a finalidade de “*alienação ou oneração de bens ou rendas*”, desde o momento de sua existência no mundo jurídico, carregará a presunção de fraude em favor da Fazenda Pública, como decorrência da situação patrimonial do alienante/devedor no momento do acerto.

¹⁰⁰ MONTEIRO NETO, Nelson. “**Fraude à Execução Fiscal**” conforme a **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** Em: Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n.95, fev. 2011, p.88-94.

É importante destacar novamente que as disposições do artigo 185 não estão limitadas à seara processual, mas possuem caráter também substantivo. Na verdade, a presunção de fraude contra a Fazenda, em sua atual configuração, passou a figurar no ordenamento como uma hipótese de “ineficácia” dos negócios jurídicos privados em favor do Fisco, com origem em norma de Direito Público.

Recorrendo novamente à Teoria da Norma, teremos uma relação de direito público na norma primária e secundária, pois em ambas estará presente o Estado e serão regidas pelo conjunto do direito público. No entanto, a norma primária terá natureza substantiva, pois presentes, em sua hipótese H, circunstâncias prévias ao processo, implicando, no conseqüente C, uma relação jurídica R, proibitiva de alienação entre o Estado-Fisco e o terceiros que pretendam adquirir bens do devedor com inscrição em dívida ativa. Ou seja, ainda que de ordem material (não processual propriamente dita) a norma primeira encerra uma relação de direito público, pois estabelecida entre o terceiro e o Estado na figura do Fisco, atraindo, por decorrência toda o conjunto de princípios e valores do direito público (inclusive a boa-fé objetiva, ponto da análise).

A norma secundária sancionadora será, como não poderia deixar de ser, processual, estabelecendo a relação, agora no interior do executivo fiscal, de sujeição do terceiro à execução, nos limites do patrimônio adquirido em fraude. Também se trata de relação de direito público, mas agora estipuladora de uma sanção (expropriação do bem) ao descumprimento da proibição de alienação, tendo como sujeito, necessariamente, o Estado-juiz – único habilitado ao uso da coerção estatal no ponto. Usando-se dos símbolos:

$$D\{[H \longrightarrow R(\text{Fisco, Terc.})] \vee [H'(-C) \longrightarrow S(\text{Estado-Juiz, Terc.})]\}$$

Sendo D e \longrightarrow a implicação deôntica; H a hipótese composta pela inscrição regular em dívida ativa e a insolvência; R a relação substantiva (ainda não processual) e pública, proibitiva de alienação entre o Estado-Fisco ‘Fisco’ e o terceiro ‘Terc.’; H’(-C) a efetivação da alienação configurando descumprimento; S a relação jurídico processual sancionadora envolvendo o Estado-juiz ‘Est.’ e o terceiro ‘Terc.’, tendo por objeto a sujeição do bem à execução com a sua expropriação forçada, remediando o esvaziamento patrimonial do devedor pela alienação proibida pela norma primária.

De toda forma, apesar da antecipação do momento da configuração da hipótese e da dispensa do ajuizamento do executivo fiscal, bastando a inscrição do débito em Dívida Ativa, pode-se ver este último ato como preparatório da execução fiscal futura. Quer dizer, ainda que apresente um claro conteúdo substancial, pois passa a agir antes da existência da lide judicial, está baseado em ato administrativo (inscrição em dívida ativa) precedido de lide administrativa e umbilicalmente ligado ao processo público de cobrança, ao ponto de ser possível afirmar que a lei pretendeu retroagir a fraude à execução fiscal para a fase do processo ainda administrativo.

Tratando-se, ainda que com marco temporal antecipado, de fraude à execução¹⁰¹, questiona-se a exigência ou não da prova da má-fé do adquirente, levando em conta, inclusive, que registro de penhora jamais haverá, se o ato é praticado mesmo antes do

¹⁰¹ Tal conclusão pode ser retirada inclusive do fato de ser hipótese de sujeição do bem à execução e não de anulação do negócio, bem como de não exigir ação autônoma para seu reconhecimento, afastando-a, em definitivo, da figura da fraude contra credores.

próprio ajuizamento. Caso adotada a perspectiva aqui defendida, a norma mereceria plena incidência, mas com os temperos da boa-fé objetiva, na avaliação da conduta do adquirente. No entanto, a criação da Súmula 375¹⁰² deixou a Corte Especial em difícil situação, uma vez que, diferente das execuções privadas, as fiscais são abundantes e as tentativas de esvaziamento patrimonial – favorecidas pelo moroso processo de lançamento e inscrição em dívida ativa – viraram rotina.

A saída do Superior Tribunal de Justiça veio com o julgamento do REsp 1.141.990/PR, no qual, recorrendo à ideia de “norma especial”, resolveu-se fugir à disciplina pela própria Corte imposta à fraude à execução, criando uma figura mais parecida com a que a doutrina clássica tinha construído. O julgamento esgotou a análise do instituto, firmando três premissas fundamentais: primeiro, artigo 185 do CTN seria norma especial, portanto, inaplicáveis à execução fiscal as regras da execução civil privada, afastando-se a Súmula 375 da Corte; segundo, a “fraude fiscal”¹⁰³, por ser espécie de fraude de execução, teria caráter objetivo, dispensando a prova do *concilium fraudis*, bastando a alienação posterior à inscrição do crédito tributário; e, terceiro, o artigo 185 traz presunção *jure et de jure*, absoluta, não comportando prova em contrário.

Cabe a transcrição da ementa, que bem resume o julgamento:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO

¹⁰² “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.” (STJ, Súmula 375, Corte Especial, julgado em 18/03/2009, DJe 30/03/2009)

¹⁰³ Expressão usada pelo Ministro Relator para diferenciar a hipótese da “fraude civil”, ou seja, aquela aplicável à execução comum.

DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (lex specialis derogat lex generalis), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução." 3. A Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita." 4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor;

posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se in re ipsa, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o concilium fraudis. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.

210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: "O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (tempus regit actum),

respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ”.

(EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009) "Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);”.

(REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009) "Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005”.

(AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008) “A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal”.

(REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009) 8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, verbis: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte." 9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução;

se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção jure et de jure, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF. 10. In casu, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação,

restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.104

Interessante destacar que no julgamento foram resgatadas as ideias de fraude *in re ipsa*, objetividade e dispensa de prova de má-fé. Sob o argumento de se estarem protegendo direitos público (crédito tributário), que seriam diferentes dos de natureza privada na execução comum, retomou-se uma visão completamente neutra quanto à subjetividade da fraude, criando hipótese de incidência automatizada.

O que reclama crítica é a verdadeira utilização de “dois pesos e duas medidas”, relegando aos credores privados a situação difícil criada pela Súmula 375. Todavia, o que não se considerou fora que, em matéria de fraude à execução, o interesse público na efetivação da tutela está sempre diretamente presente, independente da natureza do crédito. Portanto, o Tribunal Superior parece estar dando tratamento diverso a situações semelhantes, pois o que efetivamente há de especial no artigo 185 do Código Tributário Nacional, na comparação com o Código de Processo Civil, não diz respeito à exigência ou não da má-fé, mas a mera antecipação dos efeitos para quando da inscrição em dívida ativa – especialmente considerada por ser aparelhamento prévio e obrigatório da execução.

Retomando, as disposições do atual artigo 185 passam a irradiar efeitos sobre toda e qualquer convenção privada, posterior a inscrição em dívida ativa, que provoque, ou ao menos dê início, à alienação ou à oneração de bens ou rendas. Exige-se apenas o preenchimento dos requisitos legais já indicados, bem como que o negócio jurídico

¹⁰⁴ STJ, REsp 1.141.990/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 10/11/2010, DJ-e 19/11/2010.

fraudulento tenha sido celebrado na vigência da Lei Complementar 118/2005, em respeito à segurança jurídica.

Considerando o caráter objetivo e absoluto da presunção legal de fraude, o terceiro que adquiriu o bem do “insolvente tributário”¹⁰⁵, quando dos embargos de terceiro, poderá apenas alegar a inaplicabilidade do artigo à época da celebração do negócio. Quer dizer, a defesa do terceiro fica limitada à prova da inexistência de crédito tributário regularmente inscrito ou da existência, à época, de outros bens reservados pelo devedor.

A intenção subjetiva de fraude entre as partes ou o conhecimento efetivo pelo comprador quanto à existência do débito deixaram de compor a base de incidência do artigo 185. A fraude fiscal, na forma em que regulada pelo Código Tributário e interpretada pela Corte Superior, estabelece uma situação objetiva, bastando a inscrição do crédito e a não reserva de bens, retomando dogmática anterior com relação à inexigibilidade de *concilium fraudis* ou sua configuração *in re ipsa*.

De toda forma, ainda sim encerra relação de Direito Público entre o Estado e o cidadão proprietário do bem adquirido do devedor inscrito, devendo, portanto, sofrer os temperamentos da boa-fé objetiva, como se demonstrará.

¹⁰⁵ Como refere o artigo 185, aquele que não possuir “bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita”.

2 A PERSPECTIVA OBJETIVA DO ESTADO DE BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE COMO ELEMENTO DE INTERPRETAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

2.1 As Finalidades da Fraude à Execução: retomando o modelo da Boa-Fé Objetiva no Direito Público

Esclarecidos os contornos da fraude à execução, ainda que de forma pontual e limitada aos propósitos deste trabalho, bem como defendida sua natureza de relação jurídica regida pelo Direito Público, cabe agora retomar o conceito construído na primeira parte do estudo com relação à visão objetiva da boa-fé na seara pública. O papel que esta tem e deve ter na interpretação da fraude à execução, com a definição do panorama normativo do intérprete e sua operatividade.

A repetição, no caso, não é supérflua. A boa-fé objetiva, gestada no Direito Civil para dar conta da sufocante “autossuficiência” do dogma da vontade nas relações obrigacionais, como meio de trazer a avença novamente ao rumo de suas finalidades¹⁰⁶, após transpor a principiologia do artigo 37 da Constituição, surge no Direito Público, extravagante por natureza, como instrumental de reforço e integração destes mesmos princípios na consecução dos fins públicos do Estado.

¹⁰⁶ Finalidades decorrentes da espécie contratual, das funções sociais do vínculo, etc.

A boa-fé, poder-se-ia dizer, de “objetividade pública” sofre adaptações em comparação com sua fonte original, sem perder, contudo, o caráter de normatividade impositiva de comportamentos, reflexivos de um agir cooperativo e leal. Contudo, difere quanto ao “quadro” de interpretação, pois deve, necessariamente, partir da legalidade e terminar na legalidade. Ou seja, deve-se perquirir se, na atual situação normativa, tal ou qual comportamento pode ser tido por exigível e razoavelmente esperado, mas numa perspectiva de valorização dos fins pretendidos pela própria norma que serviu de ponto de partida – e não de um mero juízo moral ou de valor individual do intérprete.

A funcionalidade, como já exhaustivamente exposto, é de duas vias, ora revelando deveres da Administração, ora revelando deveres do cidadão. Porém, agora se voltando à especificidade da relação de fraude à execução, nesta está em jogo um dever legal de sujeição do patrimônio individual a uma atuação estatal, tendente à expropriação forçada. Da norma do artigo 593 e do novo artigo 792 – ou mesmo do especialíssimo artigo 185 do Código Tributário Nacional – decorre apenas o puro estado de resignação do terceiro adquirente ao poder de força do Estado, sendo neutra e omissa quanto a exclusões, limites e ponderações.

Quer dizer, na fria legalidade, basta, na hipótese mais usual do inciso II do artigo 593, a preexistência da lide, o ato de alienação e a situação de insolvência. A lei é cega quanto ao estado de espírito das partes envolvidas, não considera as particularidades dos casos e não auxilia o intérprete. Aqui, retoma-se a mesma situação descrita na primeira parte quanto ao Direito Privado, no qual fica claro que, em determinadas situações, a cega aplicação do contrato (autonomia da vontade) acaba por trair o propósito da avença. Comparativamente, em determinadas situações concretas que chamam a aplicação do artigo

593, caso este seja subsumido de forma automatizada, termina traindo as finalidades públicas de gestão da Justiça, segurança jurídica e proteção da confiança.

Não há dúvidas que uma disciplina de fraude à execução é essencial para a boa e eficiente atuação da tutela judicial, indispensável aos fins do Estado, ao estabelecimento de uma sociedade justa, como clama o artigo 3º da Constituição¹⁰⁷, mas não só. A proteção da segurança jurídica, do ambiente comercial razoavelmente confiável, a garantia da estabilidade das relações, etc., todos também são fatores necessários ao modelo de sociedade que se pretende, sendo que a realidade do caso pode determinar que, em favor de todos estes propósitos, mais razoável a proteção do adquirente de boa-fé (objetivamente vista), que a efetividade da tutela executiva.

É precisamente neste momento que o recurso à boa-fé objetiva é caminho seguro para equalização da crise de finalidade da norma. Questionar-se-á: agiu a Administração de tal forma a permitir a plena e fácil ciência das restrições sobre bem ou da pendência de ações provocadoras do estado de insolvência? Atuou o terceiro adquirente da forma esperada, buscando a informação disponibilizada e cooperando com o intento de não permitir aos devedores a dissipação patrimonial?

As mútuas condutas deverão ser analisadas no caso, mas, novamente retomando a primeira parte, de forma objetiva, neutra quanto ao estado de espírito dos

¹⁰⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

agentes – especialmente o terceiro. A investigação se dá na comparação da conduta esperada com a realmente adotada, sendo que a primeira deve ser buscada nas finalidades da norma posta¹⁰⁸ – ideia de interpretação que começa e termina na lei.

Caberá, então, no desenvolver deste capítulo, definir, ainda que em grandes pinceladas, quais esperados padrões de conduta podem ser retirados, com auxílio da boa-fé objetiva, do panorama normativo vigente. O Professor Jesús Gonzáles Pérez expressa de forma sintética a necessidade, posta pela boa-fé, de apego da conduta à lealdade e à honestidade:

“La lealtad en el comportamiento de las partes en la fase previa a la constitución de las relaciones, obliga a una conducta clara, inequívoca, veraz. Por lo que se rechaza cualquier pretensión que se base en la propia conducta confusa, equívoca o maliciosa.”¹⁰⁹

Para tanto, a investigação caminhará pelos específicos requisitos já desenhados no capítulo anterior, quais sejam: a preexistência da lide, vista especialmente pela publicidade dos atos processuais; o estado de insolvência, quanto à forma e ônus da prova; o *consilium fraudis*, analisando a estrutura jurídica dos Registros Públicos e serviços de distribuição judicial; e os as situações especiais da fraude prevista no artigo 185 do Código Tributário Nacional.

¹⁰⁸ Importante também a ideia apresentada por Yussef Cahali, vendo como finalidade da norma, que estipula a fraude à execução, uma espécie de “alerte geral”. “(...) já que a possibilidade de se acoimar um ato de alienação como fraudulento, tornando-o ineficaz, inserida na previsão legal, serve de alerta geral a todos que pretendem contrair negócios”. Ver: CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 406.

¹⁰⁹ PÉREZ, Jesús González. **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1989, p. 91.

2.2 Boa-fé Objetiva e o Requisito da Preexistência da Lide: integração interpretativa do conceito de “demanda em curso”

A norma expressa no artigo 593, seja no inciso I ou II, bem como no artigo 792 da Lei 13.105/2015, exige a existência de uma lide anterior ao ato de disposição. Fala-se em “ação pendente” ou “demanda capaz de reduzir à insolvência” para referir o que, de forma genérica, pode-se designar como “demanda em curso”.

Do texto, possível verificar dois grandes problemas de interpretação, nos quais o recurso à boa-fé pode ser útil: a exigência ou não de citação para se ter demanda em curso; e, para o caso do inciso II (correspondente ao inciso IV do artigo 792 do Novo Código), a definição da natureza da demanda capaz de reduzir à insolvência.

Sempre levando em consideração os deveres de cooperação e lealdade, a “demanda em curso” deve ser vista como aquela que se sabe ou deveria se saber existente, presente no mundo jurídico como tal. Pretendendo-se, como neste trabalho, conferir um papel revelador à boa-fé objetiva na fraude à execução, tudo sempre redundará na avaliação da conduta do adquirente frente à Administração – no caso, o Estado-juiz – e, por tal razão, nesse particular requisito, o importante é o esperado conhecimento ou não da demanda.

2.2.1 A exigência da citação válida

Passando ao primeiro ponto, o questionamento quanto à necessidade do ato citatório, para a configuração da demanda como “em curso” contra o réu, não tem resposta unânime na doutrina. O Professor Yussef Said Cahali defende sua desnecessidade:

“Mas não nos parece que, o exato elastério do art. 593, II, do CPC, ao ser considerada em fraude de execução a alienação de bens, ‘quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência’, tenha o legislador pretendido que a existência da ‘demanda em curso’ esteja condicionada à ‘citação do devedor’, como se não bastasse o simples ajuizamento da ação contra aquele.”¹¹⁰

No entanto, não há unanimidade na doutrina:

“É errônea, assim, a percepção generalizada de que todos os efeitos retroagem à data do ajuizamento. E impede enfatizar que o ato praticado pelo devedor antes da citação e depois do ajuizamento não constitui fraude contra a execução. Nessa hipótese, somente se configurará fraude contra credores, vedado ao credor penhorar o bem alienado independentemente do desfazimento da transmissão através da pauliana”¹¹¹

A Corte Superior parece já ter firmado a questão na linha da necessidade, conforme exemplifica a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 593, INCISO II, DO CPC. ACÓRDÃO QUE ENTENDE PELA NECESSIDADE DE

¹¹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.430-431.

¹¹¹ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 275.

PRÉVIO ARRESTO PARA O FIM DE CARACTERIZAÇÃO DA FRAUDE. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A fraude à execução, nos termos do art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil, exige que, ao tempo da alienação ou oneração, haja ação judicial capaz de reduzir o devedor à insolvência, ocorrida citação válida. (...).

(...)

4. Agravo regimental não provido.¹¹²

No entanto, a solução da questão deveria ser buscada pela via da objetiva boa-fé, ou seja, o que seria esperado do adquirente na conclusão do negócio. Como antes defendido, a interpretação deve partir da lei, destacando-se os seguintes dispositivos do Código de Processo Civil:

Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

Para não deixar de citar as correspondências do Novo Código de Processo Civil, ainda aguardando vigência:

Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.

Art. 312. Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.

¹¹² STJ, AgRg no Ag 1326564/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 11/09/2012, DJ-e 17/09/2012. (grifos nossos)

A finalidade da citação, como decorre da norma, é dar ciência ao réu da existência da ação, chamando-o para sua defesa. No entanto, como se verifica da segunda norma, ação (ou demanda) já existe desde quando distribuída ou despachada.

Aqui que a questão deve ser interpretada de forma cooperativa, desapegada de uma visão estritamente legal e formalista do processo. Ainda que a litispendência, prevista no artigo 219¹¹³ ou 240 do Novo Código¹¹⁴, só ocorre após a citação, o fato é que a ação já existe e, portanto, pode ser conhecida de quem age com a intenção diligente de averiguar a situação jurídica do réu.

Em outras palavras, tencionando o terceiro firmar negócio com o réu, ainda que este não esteja citado, deve agir objetivamente no sentido de diligenciar pela “saúde” financeira e jurídica da parte alienante. Já existindo a ação, poderá ela ser encontrada com a expedição de certidões dos distribuidores dos foros da comarca de residência do vendedor e de localização do bem.

Notoriamente, a citação é a ciência oficial do réu quanto ao litígio, que, contudo, pode tomar conhecimento da causa de outras formas, sem que se iniciem seus prazos para defesa. Justamente nestas situações, acaso aplicada a lei processual sem temperos, estar-se-ia viabilizando que, mesmo sendo do conhecimento do vendedor e até do comprador a distribuição da ação, a não realização de ato formal, do qual o réu, inclusive, pode tentar se esquivar furtivamente, endossará o ato fraudulento. Ou seja, acabará por

¹¹³ Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

¹¹⁴ Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

legitimar a conduta dos contratantes atentatória a boa-fé, ao que razoavelmente se esperaria na sua relação com a coletividade.

Pior, a citação, como ato processual, também está sujeita à anulação. Exemplificando, poderia o réu, citado de forma nula, por faltar algum requisito formal à carta ou mandado expedidos para esse fim, ciente da ação promover a alienação fraudulenta. Posteriormente, caso acolhida a alegação de nulidade e reaberto o prazo para defesa, dir-se-ia que a nulidade “convalidou” ou “expurgou” a fraude perpetrada? Por tal razão, considerando o dever de todos quanto a um comportamento de boa-fé, a pesquisa quanto à existência da ação, nula ou não a citação no momento do negócio, é ônus esperado do adquirente.

Portanto, caberia sim, por dever de cautela e lealdade, ao comprador buscar ou exigir a certidões dos foros judiciais, pois a demanda já podia assim ser conhecida, independente da citação. Aqui, na visão que se pretende dar, o importante é a conduta voltada à preservação dos interesses coletivos, à efetivação da norma, não a aferição pura e simples da ocorrência no tempo de atos formais, como a citação.

2.2.2 Natureza da “demanda em curso”

Outro ponto importante diz respeito à natureza da “demanda” que a norma pretende considerar para a configuração de fraude à execução. Unânime a doutrina no sentido de não ser a expressão utilizada com a intenção de apontar apenas o processo

executivo, pois, se assim o fosse, utilizaria o termo específico¹¹⁵. A existência de demanda de conhecimento também é marco capaz de induzir a incidência da regra.

Especialmente, na hipótese do inciso I do artigo 593 ou inciso I do artigo 792 do Novo Código, a pendência de ação real – e agora, sem dúvidas, também reipersecutória –, na qual se discute a propriedade da coisa alienada, é claro exemplo de demanda de conhecimento, na qual se discute a propriedade do bem. Tipicamente para este caso, a litispendência é, essencialmente, sobre o direito de propriedade duvidoso, não havendo que exigir a prévia existência de execução (ou fase de execução) para entrega de coisa certa.

As divergências passam a surgir quando se trata da segunda hipótese (inciso II). Aqui a pretensão do autor ou exequente não é a obtenção do bem específico, mas o pagamento em dinheiro de uma obrigação. Nesse caso, a fraude não se dá pela transferência ou oneração de dada coisa, mas de coisa incerta ou indiferente, que compunha um patrimônio e era capaz de ser convertida em valor, garantindo o adimplemento forçado do débito.

Mesmo a este respeito, a doutrina é firme ao sustentar a desnecessidade de execução, bastando o processo de conhecimento, cujo conteúdo seja, por certo, condenatório¹¹⁶. Nesse sentido inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, como exemplifica a seguinte ementa:

¹¹⁵ Nesse sentido: ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. v. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹¹⁶ As sentenças declaratórias e constitutivas, de regra, oferecem provimento de realização instantânea na ordem jurídica, não demandando execução específica ou exigindo providências de mera publicidade, como a ação de divórcio, cujos efeitos decorrem automaticamente da sentença, exigindo mera averbação

PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 593, II, DO CPC. ALIENAÇÃO DE BEM NO CURSO DA EXECUÇÃO CAPAZ DE REDUZIR O DEVEDOR À INSOLVÊNCIA. AFERIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

*1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a alienação ou oneração do bem, para que seja considerada fraude à execução, deverá ocorrer após a citação válida do devedor, seja no curso da ação de execução, seja durante o **processo de conhecimento**, e, ainda, ser exigida a comprovação do estado de insolvência a que, em virtude da alienação ou oneração, teria sido conduzido o devedor.*

2. Hipótese em que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, firmou o entendimento de que a alienação do imóvel, pelos devedores, ora recorrentes, teria caracterizado fraude à execução, na medida em que restaria clara a intenção de "desfazerem-se de seus imóveis, em notório prejuízo aos seus credores". Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Ainda que vencida fosse tal deficiência, que por si só prejudica o exame do alegado dissídio jurisprudencial, não resta configurada a necessária similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma, tendo em vista que, in casu, entendeu a Turma Julgadora que a alienação do imóvel seria capaz de reduzir os recorrentes à insolvência, caracterizando assim fraude à execução. Já, no acórdão paradigma, foi a insolvência afastada, ao fundamento de que a execução estaria garantida e que a alienação do bem não teria dado causa à insolvência do devedor.

4. Recurso especial não conhecido.¹¹⁷

Contudo, permanece obscura a possibilidade de serem consideradas outras demandas, como as de natureza cautelar e penal. A solução, assim, clama pela integração interpretativa pela boa-fé objetiva, com a seguinte perspectiva: demanda em curso é aquele que se sabe ou deveria saber existente, capaz de levar a insolvência.

¹¹⁷ STJ, REsp 679.380/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 03/10/2006, DJ 23/10/2006, p. 349. (grifos nossos)

2.2.2.1 Da demanda cautelar

Cabe ressaltar, de início, que a cautelar que aqui se questiona é aquela preparatório, prévia, como autoriza o artigo 796 do Código de Processo Civil¹¹⁸ ou o artigo 305 do Novo Código¹¹⁹, não abrangendo a incidental. A conclusão decorre da lógica: já existindo demanda principal, da qual a cautelar será incidente, desnecessário questionar seus efeitos, pois a própria ação acautelada – ou “ação principal” – já é capaz de atrair o inciso II do artigo 593 e seus correspondentes do Novo Código; o que não ocorre quando prévia a cautela, por simplesmente ainda não existir a ação principal.

Cautelares encerram um juízo de urgência voltado à proteção de outro provimento (definitivo), ou seja, é tutela acautelatória de futura tutela jurisdicional de conhecimento ou de execução. Tem, portanto, como pano de fundo, a própria tutela jurisdicional, cuja efetividade o instituto da fraude à execução visa justamente proteger.

Inclusive, é exigência específica da lei processual, no seu artigo 801¹²⁰ e novo artigo 305, que o autor traga com a inicial “*a lide e seu fundamento*” e “*a exposição*”

¹¹⁸ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

¹¹⁹ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

¹²⁰ Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:

I - a autoridade judiciária, a que for dirigida;

II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido;

III - a lide e seu fundamento;

IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão;

V - as provas que serão produzidas.

Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do no III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório.

sumária do direito ameaçado e o receio da lesão”. A demanda, ainda que sumariamente, já é posta em juízo, já é possível dela conhecer, dela tirar certidões, dela avaliar a amplitude. Ademais, algumas cautelares pretendem efeitos executivos parciais, a título de proteção, como a arresto de bens, o sequestro, o arrolamento, etc.

Visto nestas balizas, não se pode pré-excluir a ação cautelar preparatória do rol daquelas que permitem o reconhecimento da fraude¹²¹. Como qualquer outra ação, dela é dado conhecer, é ônus do adquirente assim fazê-lo, sob pena de estar agindo contrário ao esperado padrão cooperativo da boa-fé.

2.2.2.2 Da ação penal

Não se podem negar os efeitos civis da tutela criminal, os quais, nos casos de condenação transitada em julgado, prejudicam o próprio juízo cível sobre a matéria.

Na forma do artigo 63 do Código de Processo Penal:

¹²¹ Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme exemplifica a ementa do julgamento do AgRg nos EDcl no REsp 649.139/SP, Quarta Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 23/02/2010, DJ-e 08/03/2010:

PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. REQUISITOS. CITAÇÃO VÁLIDA EM AÇÃO CAUTELAR. INSOLVÊNCIA RECONHECIDA.

1. Para configurar a fraude à execução, é necessário que a alienação do bem tenha se dado após ocorrida citação válida, não importando o tipo de ação proposta - se cautelar, cognitiva ou executória.
2. Hipótese em que a insolvência do devedor já fora reconhecida no bojo do acórdão estadual recorrido, que afirma, textualmente, tratar-se de matéria incontroversa nos autos aquela relativa à inexistência de bens penhoráveis em nome do devedor.
3. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial.

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Portanto, da demanda criminal decorrem sim provimentos de cunho condenatório civil a incidir sobre a esfera patrimonial do condenado. Todavia, deve-se perquirir se é razoável exigir do adquirente a investigação da pregressa vida criminal do vendedor. Se a tutela direta da ação penal é a pretensão punitiva estatal e, indiretamente, a reparação do lesado (obrigação cível de indenizar ou ressarcir), a presença da ação penal é fundamento de fraude à execução?

A superação do obstáculo parece estar na disponibilidade de informação ao adquirente. É certo que, de regra, veda-se a expedição de certidões criminais requeridas por terceiros sem autorização. A publicidade do feito não acompanha a mesma lógica que os demais processos de natureza cível, não existe a plena disponibilidade da informação, por resguardo a outros princípios como a dignidade do acusado.

Dessa forma, o terceiro que não busca certidões criminais, mas verifica a vida civil do réu, parece ter agido com a cautela necessária. A forte presunção de inocência e as restrições de informação jogam aqui um papel importante para o intérprete. Diferente de estar sendo demandado civilmente, o que decorre dos riscos naturais de se estar no comércio e é indicativo de obrigações potencialmente causadoras do estado de insolvência, a acusação criminal, ainda que recebida a denúncia, não autoriza qualquer presunção de culpa. Vigorando a regra *in dubio pro reu* – aqui como o panorama normativo da esfera criminal, que baliza a interpretação da boa-fé objetiva – as avaliações quanto à sorte da

demanda ficam deturpadas, presumindo-se sempre a inocência, ou seja, a ausência de obrigação¹²².

Por tal razão, apenas caberia falar em fraude por decorrência do juízo criminal quando este proferir decisões no sentido específico de tutela dos bens, dando-lhes amplo conhecimento. São as chamadas medidas assecuratórias, previstas nos artigos 125 e seguintes do Código de Processo Penal, como o sequestro, arresto, hipoteca legal, buscas e apreensões, cujo efeito necessário é a publicidade do litígio sobre a coisa, seja pelo registro ou averbação, seja pela própria apreensão dos móveis.

Nessas circunstâncias, aquela presunção favorável ao réu, de inexistência de condenação e, portanto, de obrigação, ainda que apenas do ponto de vista patrimonial, dão lugar a efetivas medidas judiciais de constrição. Apenas nestes casos poder-se-ia falar em necessária ciência pelo adquirente.

2.2.3 Da nova situação jurídica criada pelo inciso I do artigo 792 da Lei 13.105/2015

Encerrando o item sobre a requisito da “demanda em curso”, não se pode deixar de abordar a nova situação jurídica imposta pela redação do inciso I do artigo 792 do Novo Código de Processo Civil. Retomando o texto da norma:

¹²² Em sentido contrário, ver: CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 422-ss.

Nesse sentido, quando o bem em questão estiver sujeito a registro público, só ocorrerá a fraude na alienação da coisa litigiosa se e apenas se a pendência da demanda constar daquele último, ou seja, tiver sido averbada. A nova norma afastou de forma expressa qualquer discussão quanto ao momento do início da fraude, estipulando a data da averbação da notícia da ação como único referencial, independente do momento da citação ou de já estar a informação de sua existência disponível por certidão do Distribuidor da Comarca.

Aqui a nova lei não deixou qualquer espaço a uma amplitude interpretativa pela boa-fé objetiva. Haverá fraude se houver a averbação da existência da ação no registro competente, retirando maiores deveres de cooperação do terceiro adquirente e, simplesmente, para se furtar a incidência do inciso I, precisará apenas conferir o registro do bem – aqui não importando o quanto antiga ou conhecida seja a ação já em curso, questionando-se apenas a averbação de sua existência. Houve verdadeiro fechamento normativo para a interpretação, esterilizando o ambiente interpretativa para a boa-fé objetiva.

2.3 Boa-fé Objetiva e o Requisito da Insolvência: reorganização do ônus da prova

A fraude à execução exige a prova da insolvência na hipótese do inciso II do artigo 593, não o fazendo para o inciso I. No Novo Código de Processo Civil, a exigência continua expressa na hipótese do inciso IV do artigo 792, mantendo redação aproximada. No entanto, importante referir que tal requisito também não pode ser considerado dispensado para as hipóteses dos incisos II e III do mesmo artigo.

Ambos tratam do reconhecimento da fraude quanto já presente registro ou averbação de restrição sobre o bem, todavia, são justamente restrições informativas para garantia de uma pretensão executória. Quer dizer, trata-se das hipotecas judiciais, decorrentes da sentença condenatória, das penhoras, da notícia de existência da execução, etc., não dizendo respeito a litígio sobre a coisa (como no inciso I), mas buscando o resguardo do bem para a garantia de um crédito.

Portanto, cabe sim falar em necessidade da insolvência do executado, pois se existirem outros meios de efetuar o pagamento do crédito, sem causar prejuízo ao credor, não há razões para se sustentar uma hipótese de fraude. Em outras palavras, não há fundamento jurídico para a declaração da fraude na alienação de um bem, em cujo registro consta a pendência de uma execução, se nesse mesmo processo o devedor apresente outra garantia ou valores para o atendimento do credor. Ou seja, se não houver insolvência, inútil a declaração de fraude, pois não se está buscando o próprio bem, mas o pagamento do crédito e, por consequência, pode-se dizer que o requisito da insolvência também merece aplicação as hipóteses dos incisos II e III do novo artigo 792 – que na verdade compõe a mesma espécie de fraude mais genericamente referida em seu inciso IV.

A expressão “insolvência” vem regulada de forma simples e direta pelo artigo 748¹²³ do Código de Processo Civil e parece não demandar maiores análises. O que, todavia, a boa-fé objetiva tem a contribuir com o requisito diz respeito mais a sua prova ou, especialmente, a prova da inoccorrência pelo terceiro adquirente.

¹²³ Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor.

Sendo a fraude à execução relação entre o Estado-juiz e o adquirente do bem, que é chama à sujeição patrimonial da execução, a este último interessa a prova do estado de solvência do devedor à época do negócio. A questão que se põe: a quem deve ser imputado o ônus da prova do requisito, ao credor ou ao adquirente?

A boa-fé objetiva aqui atua, portanto, como definidora da imposição do ônus da prova e, para tanto, se socorre do artigo 750 do Código de Processo Civil:

Art. 750. Presume-se a insolvência quando:

I - o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora;

II - forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III.

Ora, se a insolvência é presumida pela só ausência dos bens, razoável que o interessado – aqui o adquirente do bem supostamente em fraude – faça a prova do contrário. Espera-se daquele que celebra o negócio que tenha perquirido o vendedor sobre sua situação jurídica, exigindo a comprovação de ausência de débitos ou, se os tiver, de que possuía bens suficientes para a quitação.

No instrumento do negócio (contrato), deveria o interessado fazer constar as dívidas e, em contrapartida, consignar a apresentação de certidões da propriedade de outros bens, de extratos bancários comprovando reserva em dinheiro, etc.¹²⁴ Assim, estaria agindo de forma cooperativa com a prova, demonstrando, quando for chamado a

¹²⁴ A conduta de fazer constar em instrumentos contratuais cláusulas explicitadoras dos débitos e das correspondentes garantias é medida que expressa não apenas lealde e cooperação entre as partes, mas também em relação a toda a coletividade que, mais cedo ou mais tarde, entrará ou já está em relação jurídica com o alienante. São essas condutas que devem ser prestigiadas pela boa-fé objetiva, podendo, inclusive, inverte o ônus da prova.

responder com o bem, ao Estado que agiu de forma a garantir não estar lesando a coletividade – o interesse na efetivação da tutela.

Os fatos que decorrerem após o negócio jurídico, como, por exemplo, a ruína financeira do executado, não lhe serão oponíveis, pois, à época da avença, sindicou quanto ao patrimônio daquele, atestando documentalmente sua solvência. O que não se pode aceitar – aí estando enquadrado como conduta contrária à boa-fé objetiva – é a celebração “cega” do ajuste e, quando reclamado o bem por fraude, pretender a prova esteja a cargo do credor, ou mesmo a utilização de meios de prova insustentáveis para o intento.

Havendo dúvidas da solvência à época, cabia ao adquirente a constituição da prova – aqui de todo tipo, como certidões de propriedade, extratos de fundos de investimento, etc. – ou a exigência de garantias outras. Com o passar dos anos, até a vinda da fase de execução, a situação probatória certamente estará deteriorada, devendo aquele sofrer o ônus da sua negligência, sua atitude não cooperativa com a coletividade, com a segurança das transações negociais.

Importante referir que, de regra, nem a prova testemunhal poderá socorrer o terceiro. Não é cabível a oitiva de testemunhas para que afirmem a riqueza de determinada pessoa no passado, sem qualquer base documental, como se pode extrair da normatividade do artigo 227 do Código Civil:

Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

Portanto, não é conduta esperada, considerando o contexto de presunções legais (artigo 750 do CPC) e limitações probatórias (artigo 227 do CC), que o adquirente deixe de tomar medidas para resguardar a prova da solvência do devedor contemporânea à época do negócio jurídico. É imperativo da boa-fé, determinando que, quem não tenha adotado essa razoável diligência, sofra integralmente o ônus da prova, que não poderá ser superado apenas pela testemunhal¹²⁵.

Por outro lado, tendo sido adotadas cautelas nos contratos ou instrumentos anexos, qualificando os débitos e comprovando a correspondente garantia, não pode o direito impor novas obrigações àquele que já adotou todas as diligências razoavelmente esperadas. A boa-fé agora abraça o terceiro, pré-excluindo a presunção de insolvência e devolvendo o ônus para o credor, pois já existe justa prova da solvência pretérita (ao tempo do negócio) do devedor.

Considerando o interesse público também na segurança jurídica, tendo o adquirente agido de forma esperada, com lealdade e cuidado, pode-se, numa perspectiva de proteção à boa-fé objetiva, excluir a presunção de insolvência. Não seria legitimamente esperado que aquele que adota as medidas possíveis para aferir a solvência do vendedor seja, num futuro incerto, obrigado a prová-la novamente.

¹²⁵ Fosse permitida a prova testemunhal da riqueza de uma pessoa, não haveria situação em que não fosse possível o falseamento da solvência. Portanto, a exigência tem que ser vista com o artigo 227 do Código Civil, que buscou justamente impedir a prova oral como meio de comprovação de obrigações (inclusive patrimônio), cuja prova natural é documental (contratos, registros de propriedade, etc.)

2.4 Boa-fé objetiva e o Requisito do *Consilium Fraudis*

Como já destacado no capítulo anterior, ao abordar especificamente este ponto, a exigência do *consilium fraudis* infiltrou-se na jurisprudência sobre a fraude à execução. Passou-se de um estado anterior que negava sua análise, para uma exigência de prova, pelo credor, da má-fé do adquirente. Naquele tópico, já se destacou a impropriedade de ambas as interpretações, apresentando falhas e fazendo lugar-comum de vários fatores concretos e individuais que podem influenciar na decisão sobre fraude.

Nessa específica exigência, qual seja, do efetivo ou devido conhecimento do litígio ou restrição pelo adquirente, a boa-fé opera com mais força para a definição real dos deveres concretos de cooperação e lealdade. Opera contrário a ela aquele que deixa de tomar as atitudes necessárias ao conhecimento da situação jurídica do alienante, sendo que esse “conjunto de ações esperadas” deve ser buscado e construído no interior do panorama normativo vigente.

São as normas e os instrumentais jurídicos, os deveres registrares e as ferramentas de consulta legalmente postas que auxiliam o intérprete a reconstruir o quadro de obrigações e padrões esperados de comportamento. Como destacado na primeira parte desse capítulo: a interpretação da boa-fé objetiva no Direito Público parte da lei – dela não se pode afastar por completo – e termina na lei – visa abrir à mesma lei espaço para sua máxima efetividade.

Nesse contexto teórico, o que pode ser interpretado por *consilium fraudis* – longe de ser mera imputação de ônus da prova ou simples comprovação da ciência da existência do processo – depende da análise de todo o conjunto de elementos normativos que estabelecem estruturas de informação e publicidade dos litígios e demais restrições. Assim, cabe uma análise mais pontual desses elementos, sendo que, ao final deste tópico, será possível traçar linhas mais firmes sobre esse requisito da fraude à execução.

Para o intento, o estudo abordará a estrutura dos Registros Públicos e as questões envolvendo as certidões de distribuidores judiciais.

2.4.1 Da estrutura dos Registro Públicos e a fraude à execução

Pautar-se pela boa-fé, na perspectiva objetiva do Direito Público, significa agir de acordo com o coletivamente esperado, segundo os fins do panorama normativo. A estruturação de um sistema nacional de registros públicos, por si só, já traz a ideia de presunção de publicidade e, por consequência, dever de consulta.

A Lei 8.935/94, em seu artigo 1º, já apresenta com clareza os fins próprios desse “sistema”, que apesar de fragmentado, tem abrangência nacional:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Os Registros Públicos são, portanto, mecanismo jurídico de garantia dos atos jurídicos, visando a sua publicidade e eficácia. É norma posta que não pode ser ignorada pelo cidadão, sendo que a consulta a esse “banco público de informações” decorre da sua mera existência.

Sua finalidade é a publicidade e a fé pública depositada nas informações que lá constam. Publicidade, como já abordado, que é dúplice: deve o conteúdo estar posto à disposição; assim como deve o interessado buscá-lo. Portanto, está dentro de qualquer padrão ou regra de conduta que se queria emprestar à boa-fé – quando aplicada à fraude à execução – o dever de consulta a esta ferramenta.

Como leciona Luiz Guilherme Loureiro:

“O denominado princípio da publicidade registral é o fundamento dos Registros que seguem o modelo germânico, com é o caso do sistema registral imobiliário de nosso país. A publicidade registral pode ser definida como a garantia dos direitos reais inscritos, e, tal como estão inscritos, da pessoa que consta como titular registral; e ainda como garantia da tutela dos interesses daqueles que, confiando nas informações constantes do Registro, realizam negócios jurídicos imobiliários. A publicidade registral, assim, é uma presunção de veracidade e integridade do registro para todo aquele que confia no registro e inscreve o título de aquisição do imóvel”¹²⁶

A Lei 6.015/73 define a estrutura dos registros brasileiros, abarcando – no que interessa a este trabalho – a formas e os efeitos do registro de direitos e restrições sobre imóveis e sobre móveis.

¹²⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. 5ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 24.

Quanto aos imóveis, a norma esclarece:

Art. 172 - No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, “inter vivos” ou “mortis causa” quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

Seguindo na recolha dos dispositivos pertinentes, pode-se destacar a possibilidade de registro/averbação da hipoteca judiciária (artigo 466 do Código de Processo Civil¹²⁷ e artigo 495 do Novo Código¹²⁸), da certidão premonitória do artigo 615-A do diploma processual¹²⁹ – substituída no novo diploma pela certidão de admissão da execução, prevista no artigo 828¹³⁰ – das citações nas ações fundadas em direito real ou reipersecutória (artigo 167, inciso I, item 21, da Lei dos Registros Públicos¹³¹), das restrições judiciais de

¹²⁷ Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária:

I - embora a condenação seja genérica;

II - pendente arresto de bens do devedor;

III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

¹²⁸ Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.

¹²⁹ Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 1º. O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2º. Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3º. Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4º. O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5º. Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.

¹³⁰ Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

¹³¹ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro:

(...)

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

execução e cautela, como penhora, arresto e sequestro (item 5 do artigo já citado¹³²), entre outras. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça tem permitido a averbação do protesto contra alienação de bens, previsto no artigo 870 do Código Adjetivo¹³³.

O oferecimento de todos esses mecanismos faz entender ao intérprete que sua publicidade deve ser buscada pelo adquirente, deve efetuar as consultas pertinentes. Os Registros Públicos não têm por principais destinatários os envolvidos diretamente nos atos registrados; pelo contrário, busca fundamentalmente informar os terceiros da situação jurídica – de proprietário, fiduciante, locador, etc. – daqueles, para que possam adequadamente avaliar suas ações concretas no tráfico comercial.

Não bastasse, a Lei 7.433/85, com a redação dada pela Lei 13.097/2015¹³⁴, ao tratar das formalidades para a lavratura de escritura pública, reafirmava o dever de diligência ao determinar a apresentação de certidões:

§ 2º - O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de

¹³² 5) das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis;

¹³³ AÇÃO PRETENDENDO O CANCELAMENTO DE PROTESTO JUDICIAL DEFERIDO EM MEDIDA CAUTELAR ANTERIOR. IMPROCEDÊNCIA EM FACE DA NECESSIDADE DO PROTESTO PARA PREVENÇÃO DE LITÍGIOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.

Carece de prequestionamento o recurso especial quando os temas insertos nos artigos apontados como violados não foram apreciados pela Corte de origem.

Diversas as situações julgadas nos acórdãos confrontados, não se tem dissídio apto à admissibilidade do especial.

A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem, está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes.

Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 146.942/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 02/04/2002, DJ 19/08/2002, p. 167)

¹³⁴ Infelizmente a citada lei obrou na contramão do proposto neste artigo, pois o artigo contava com redação mais técnica e condizente com a lealdade: “§ 2º O Tabelião consignará no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais, feitos ajuizados, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição”.

Transmissão inter vivos, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.

O regulamento da Lei, promovido pelo Decreto 93.240/86, reforça a intenção normativa:

Art 1º Para a lavratura de atos notariais, relativos a imóveis, serão apresentados os seguintes documentos e certidões:

(...)

III - as certidões fiscais, assim entendidas:

a) em relação aos imóveis urbanos, as certidões referentes aos tributos que incidam sobre o imóvel, observado o disposto no § 2º, deste artigo;

b) em relação aos imóveis rurais, o Certificado de Cadastro emitido pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, com a prova de quitação do último Imposto Territorial Rural lançado ou, quando o prazo para o seu pagamento ainda não tenha vencido, do Imposto Territorial Rural correspondente ao exercício imediatamente anterior;

IV - a certidão de ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, e a de ônus reais, expedidas pelo Registro de Imóveis competente, cujo prazo de validade, para este fim, será de 30 (trinta) dias;

V - os demais documentos e certidões, cuja apresentação seja exigida por lei.

De todo o contexto normativo, decorre que o acesso e a consulta às informações disponíveis nos registros, ainda que não se possa propriamente apontar norma expressa e incisiva, é um comportamento objetivamente esperado. Se o Poder Público oferece local adequado para o depósito de informações a todos acessíveis, atenta contra a expectativa coletiva de consultá-lo, desprezando os interesses de outros credores, legitimamente constituídos contra o patrimônio do devedor.

2.4.2 Registros de distribuição e fraude à execução

Paralelamente aos Registros Públicos, em sentido estrito, o Poder Judiciário estabelece o registro regular da distribuição de feitos. Cabe à distribuição judicial a expedição de certidões nas quais constarão a existência de processos em curso, alertando ao adquirente quanto a eventual risco jurídico.

Tratando-se de banco público de informações, de consulta autorizada, assim como se opera nos demais registros já analisados, pode-se falar em publicidade. O Poder Judiciário coloca à disposição a informação, cabendo ao adquirente a sua busca, como imperativo de uma conduta razoável e leal.

Considerando toda a argumentação até agora apresentada, não é difícil perceber que, necessariamente, fará parte do dever de diligência – imposto pela boa-fé, quando da análise do caso concreto pelo intérprete – a consulta aos distribuidores judiciais. Não dúvidas que se possa exigir tal providência, considerando que a informação está posta à disposição de todos.

Contudo, retomando a ideia de dualidade ou de “via de mão-dupla” inerente à boa-fé, que exige da Administração, assim como do particular, resta questionar até que limites vai esse dever de consulta. Em que medida a informação processual está adequadamente publicada ou acessível?

A obrigação de consulta da informação deve estar limitada a razoabilidade das diligências necessárias para tanto. De outro ponto de vista, a Administração – no caso o Poder Judiciário – deve disponibilizar meios de consulta simples e facilmente acessíveis, não podendo pretender que o cidadão percorra enormes distâncias ou dispense tempo excessivo na empreitada.

Para uma exemplificação, deve-se começar com o exemplo ideal de publicidade processual, de origem recente, mas que bem demonstra o aqui defendido. Por meio da Lei 12.440/2011, foi criada a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT o artigo 642-A, com a seguinte redação:

Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§1º. O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

*I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou
II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.*

§2º. Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§3º. A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§4º. O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.

Como se pode ver da leitura do §1º, a certidão não poderá ser emitida quando existirem contra o devedor débitos e outras obrigações inadimplidas decorrentes de processos na Justiça do Trabalho. Apenas com o fornecimento do cadastro do devedor junto à Receita Federal do Brasil¹³⁵, poderá ser aferida, em todo o país, a existência de execução trabalhista pendente.

Nessas circunstâncias, a informação é disponibilizada pela Administração de forma simples e acessível. A publicidade está dada, cabe ao adquirente a busca pela informação, para qual não se exige diligências maiores que a simples consulta pela rede mundial de computadores. É esperado que assim o faça, sob pena de não poder alegar desconhecimento ou surpresa quando o bem adquirido vier a ser requisitado pela Justiça.

Inversamente, a situação de determinada Justiça que não disponibilize qualquer espécie de consulta ou consolidação de informações. Como pode o adquirente diligenciar em todas as comarcas de um Estado? Ainda que a Justiça de certo Estado o faça, não terá seus bancos de dados integrados aos demais entes da Federação, nem mesmo as cinco regiões da Justiça Federal estão ligadas. Como exigir a pesquisa em todos os Estados do país?

Desse paralelo, pode-se tentar traçar qual o significado do requisito do *consilium fraudis*, reinterpretado pela boa-fé. Haverá agir fraudulento daquele terceiro adquirente que não adota as medidas razoáveis para tomar conhecimento da restrição jurídica

¹³⁵ Trata-se do cadastro administrativo do Fisco Federal, com abrangência nacional e confiabilidade suficiente.

da coisa ou do devedor, considerando os meios de informação postos à sua disposição pelo Estado. Por outro lado, a falta de informação precisa – seja ausência ou simples erro – e consolidada – no sentido de abrangência territorial de comarcas e regiões – pelo Estado depõe contra a boa-fé, elide a exigência de consultas irreais pelo adquirente e afasta o *consilium fraudis*.

Assim, pode-se concluir que, para se exigir real conhecimento do litígio, deve a informação apresentada pelo Poder Judiciário estar certa e consolidada. Quanto ao primeiro requisito, sem dificuldades, pois o erro na distribuição, a má qualificação das partes e a omissão permitem a expedição de certidões inverídicas, cujos efeitos, contudo, não são imputáveis ao adquirente. Tendo agido de forma diligente na busca junto à distribuição, tem-se que, objetivamente, agiu de boa-fé.

Quanto à consolidação, sempre dependerá das condições objetivas do caso concreto. Se o débito decorria de execução trabalhista, existente à época do negócio, poderá a fraude ser reconhecida em favor de qualquer processo, por mais distante que esteja, pois a Certidão Negativa Trabalhista tem por efeito essa reunião nacional de informações. O dever de consulta à um banco de dados abrangente implica, na sua falta, na responsabilização por fraude em qualquer dos processos abrangidos.

No entanto, como parece ser a regra em muitas Justiças Estaduais, se a reunião de informações está limitada à determinada comarca, sem comunicação, qual atitude pode ser exigida? Até onde ou até que distância deve ir o adquirente em sua pesquisa?

Apesar de a norma não apresentar regra expressa na matéria, cabe ao intérprete a integração – com o auxílio da boa-fé – para a definição dos objetivos da regra. Entendendo-se o registro de distribuição como espécie de registro, encontrar-se-á solução nas próprias normas registrais, da Lei 6.015/73. A regra é o domicílio do devedor, sua comarca, como se vê do artigo 130, que trata do registro de negócios jurídicos no Registro de Títulos e Documentos.

Art. 130. Dentro do prazo de vinte dias da data da sua assinatura pelas partes, todos os atos enumerados nos arts. 128 e 129, serão registrados no domicílio das partes contratantes e, quando residam estas em circunscrições territoriais diversas, far-se-á o registro em todas elas.

O domicílio e, portanto, a comarca que abrange o loca cotidiano do devedor é onde devem ser buscadas as informações pertinentes. Ausente consolidação maior de dados, a responsabilidade do terceiro deve resumir-se à menor unidade, qual seja, a comarca – ou subseção.

Tratando-se de bem imóvel, contudo, o panorama normativo para apuração de ônus e restrições incluiu também a comarcar de sua localização. Assim preconizam o artigo 169 da Lei dos Registros Públicos e o artigo 95 do Código de Processo Civil:

*Art. 169 - Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo:
(...)*

Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio

*sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.*¹³⁶

Portanto, na ausência de banco de dados acessível de maior abrangência, caberá ao terceiro a busca na comarca de domicílio do devedor e de localização do bem. Refere William Ferreira:

“(...) a única hipótese em que caberá ao exequente provar (art. 333, I, do CPC) a ‘má-fé’ (no plano objetivo) do adquirente, isto é, de que tinha ciência da ação é nos casos em que esta tiver curso em comarca ou seção judiciária diversa do foro onde se situa o bem ou no domicílio do alienante. (...).

*É nesse único caso em que caberá ao exequente provar a ciência (ou plausibilidade desta) do adquirente, pois se essa restar demonstrada, a restrição da ação no local onde se encontra o bem ou o domicílio do alienante são irrelevantes, pois a publicidade que não foi considerada para fins de fraude é uma hipótese para cooperação. No caso de demonstração da ciência do adquirente (ou beneficiário da oneração) retoma-se o curso da fraude, pois nesta não se justifica o afastamento, já que a cooperação é exigível do adquirente que, mesmo sabendo, adquire bem capaz de levar ao estado de insolvência.”*¹³⁷

Seguindo nessa mesma linha, o Novo Código de Processo Civil fez previsão expressa para os bens não sujeitos a registros públicos, também imputando ao adquirente o dever de busca das informações relativas aos bens, como prevê o parágrafo segundo do artigo 792 do novo diploma:

¹³⁶ O novo diploma processual segue no mesmo sentido:

Art. 47. Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa.

§ 1º O autor pode optar pelo foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova.

§ 2º A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.

¹³⁷ FERREIRA, William Santos. **O Ônus da Prova na Fraude à Execução**. In: MOREIRA, Alberto Caminã (Org.); ALVAREZ, Anselmo Prieto (Org.); BRUSCHI, Gilberto Gomes (Org.). Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 763-764.

§ 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.

Em síntese, por imperativo da boa-fé, que exige um agir cooperativo, cabe perquirir o adquirente quanto as buscas nos registos de distribuição. No entanto, o intento não pode ser desmedido, na medida em que, pelas circunstâncias do caso, deve ser aferida a efetiva disponibilidade da informação adequada.

2.4.3 *Consilium Fraudis* na perspectiva da Boa-fé Objetiva

Feitas todas estas considerações, necessária uma síntese teórica de tudo o que se pretendeu entender como *consilium fraudis*. A efetiva e potencial ciência da existência do litígio sobre a coisa ou sobre o patrimônio do executado deve ser percebida de forma objetiva, na medida de um padrão de conduta guiado pela boa-fé.

No ambiente normativo posto, é possível encontrar estruturas de informação postas pelo Poder Público, desde certidões expedidas de forma virtual, até serventias extrajudiciais de registro. Nessa perspectiva, estando a informação disponível, um agir leal e cooperativo com toda a coletividade, na busca do mútuo apoio na promoção da segurança jurídica e da efetividade da tutela judicial, implica o dever de consulta a estes mecanismos postos à disposição. A infringência a este dever provoca a presunção de conhecimento do litígio, quer dizer, faz surgir o *consilium fraudis*.

Por outro lado, a amplitude da obrigação de busca e diligência da informação deve ser avaliada e, certamente, temporal e territorialmente limitada pelo intérprete, levando em conta a forma de publicização adotada pela Administração. Não se pode exigir do adquirente que busque além do objetivamente esperado na celebração de quaisquer contratos.

Importa destacar que esta visão objetiva dos deveres de cautela na perspectiva do adquirente já repercutiu em julgamentos pontuais pelo Superior Tribunal de Justiça. Por ocasião da análise do REsp 655.000/SP, a Terceira Turma assim decidiu, conforme ementa:

Processo civil. Recurso especial. Julgamento do mérito recursal. Reconhecimento implícito da legitimidade para recorrer. Fraude à execução. Art. 593, inciso II, do CPC. Presunção relativa de fraude. Ônus da prova da inocorrência da fraude de execução. Lei n.º 7.433/1985. Lavratura de escritura pública relativa a imóvel. Certidões em nome do proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais. Apresentação e menção obrigatórias pelo tabelião. Cautelas para a segurança jurídica da aquisição do imóvel.

- *Se no julgamento do recurso, o Tribunal adentra no mérito recursal, inequivocamente conhece do recurso. Como a legitimidade para recorrer é um dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade dos recursos, ao tratar do mérito recursal, o Tribunal reconhece implicitamente a legitimidade para recorrer.*
- *O inciso II, do art. 593, do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exequente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução.*
- *A partir da vigência da Lei n.º 7.433/1985, para a lavratura de escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna, no ato notarial, a apresentação das certidões relativas ao proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais, que ficam, ainda, arquivadas junto ao respectivo Cartório, no original ou em cópias autenticadas.*
- *Cabe ao comprador do imóvel provar que desconhece a existência da ação em nome do proprietário do imóvel, não apenas porque o art. 1.º, da Lei n.º 7.433/85 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis, mas, sobretudo, porque só se pode*

considerar, objetivamente, de boa-fé, o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição.

- Tem o terceiro adquirente o ônus de provar que, com a alienação do imóvel, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, apesar de constar da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel.

Recurso especial não provido.¹³⁸

Do voto vencedor, apresentado pela Ministra Nancy Andrighi, assim

constou:

“De fato, impossível desconhecer-se a publicidade do processo, gerada pelo seu registro e pela distribuição da petição inicial (CPC, arts. 251 e 263), no caso de venda de imóvel de pessoa demandada judicialmente, ainda que não registrada a penhora ou mesmo a citação.

Isso porque, diante da publicidade do processo, o adquirente de qualquer imóvel deve acautelar-se, obtendo certidões dos cartórios distribuidores judiciais, que lhe permitam verificar a existência de processos, envolvendo o comprador, nos quais possa haver constrição judicial (ainda que potencial) sobre o imóvel negociado. Aliás, a apresentação das referidas certidões, no ato da lavratura de escrituras públicas relativas a imóveis, é obrigatória, ficando, ainda, arquivadas junto ao respectivo Cartório, no original ou em cópias autenticadas (cfr. §§ 2.º e 3.º, do art. 1.º, da Lei n.º 7.433/1985).

Assim, se a partir da vigência da Lei n.º 7.433/1985 para a lavratura da escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna, ‘no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório’ dos ‘feitos ajuizados’, não é crível que a pessoa que adquire imóvel (ou o recebe em dação em pagamento), desconheça a existência da ação distribuída (ou da penhora) em nome do proprietário do imóvel negociado.

Diante disso, cabe ao comprador do imóvel provar que desconhece a existência da ação em nome do vendedor do imóvel, não apenas porque o art. 1.º, da Lei n.º 7.433/85 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis, mas, sobretudo, porque só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé,

¹³⁸ STJ, REsp 655.000/SP, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/08/2007, DJ 27/02/2008, p. 189.

o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição.”

2.5 Boa-fé Objetiva na Fraude à Execução do Artigo 185 do Código Tributário Nacional

Como já abordado no capítulo anterior, a “fraude fiscal”, para usar a expressão do Ministro Fux, tem de peculiar a antecipação do momento legal em que passa a incidir a norma. A litispendência, como requisito, deixa de ser judicial para se tornar administrativa, alcançando momento específico do procedimento administrativo-fiscal tendente à cobrança, qual seja: a inscrição em dívida ativa. Paralelamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do REsp 1.141.990/PR pela sistemática dos recursos repetitivos, excluiu expressamente o requisito do *consilium fraudis* ou, tentando ser mais técnico, passou a presumi-lo de forma absoluta, como algo dado e decorrente tão-somente da alienação pós-inscrição.

Contudo, por todo o fundamento já exposto, a relação jurídico-processual (e de Direito Público) decorrente da aplicação do referido artigo não foge ou não se exclui do âmbito de abrangência da boa-fé objetiva. As balizas postas pelo julgamento da Corte Superior são por demais neutras quanto às peculiaridades e intercorrências que o instituto suscita.

A sistemática da inscrição em dívida ativa ainda é tratada de forma muito diversa por milhares de entes públicos, considerando Municípios, Estados, fundações, autarquias, etc., o que pode colocar em dúvidas o caráter absoluto da presunção do *consilium*

fraudis. De toda forma, para o estudo é indispensável tecer algumas considerações sobre a figura da “dívida ativa”.

2.5.1 Definição conceitual e natureza jurídica da Dívida Ativa

Dívida Ativa da Fazenda Pública é conceito jurídico de Direito Financeiro, constituindo-se dos créditos das entidades de Direito Público que, não pagos nos prazos estipulados de vencimento, são inscritos em registro próprio. A Lei 4.320/64, no §1º do seu artigo 39, define conceitualmente o instituto:

Art. 39. (...)

§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

A Dívida Ativa nada mais é que o conjunto de créditos da Fazenda Pública exigíveis, mas não pagos, que foram objeto do ato administrativo de inscrição no registro administrativo próprio. A natureza de tais haveres é dividida pelo Direito Financeiro como “Dívida Ativa Tributária” e “Dívida Ativa não Tributária”.

A primeira corresponde às inscrições de débitos de natureza tributárias, compreendendo os impostos, as taxas, as contribuições e os empréstimos compulsórios desta natureza. Ainda, possuem natureza tributária os encargos incidentes, como juros, multa e o

encargo legal do art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969¹³⁹, bem como as multas isoladas por descumprimento de obrigações acessórias de Direito Tributário, por força do disposto no artigo 113, caput e §3º, do Código Tributário Nacional¹⁴⁰.

A segunda é residual, constituída pelos demais créditos não enquadráveis como tributários, mas passíveis de inscrição. O §2º do artigo 39 da Lei 4.320/64 traz rol exemplificativo ao definir a natureza dos haveres públicos:

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

O citado dispositivo ainda mantém sua redação original, não tendo sido alterado após a Constituição de 1988 que trouxe profunda alteração no Sistema Tributário Nacional. Assim, não se enquadram como “não tributários” os empréstimos compulsórios,

¹³⁹ Art 1º. É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União.

¹⁴⁰ Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

as contribuições estabelecidas em lei e as custas processuais, pois, por força da nova ordem constitucional, passaram a ter caráter tributário¹⁴¹.

Posteriormente à Lei 4.320/64, o conceito de Dívida Ativa sofre grande ampliação, com a utilização pelo legislador de expressão genérica na redação do §1º do artigo 2º da Lei 6.830/80, que regula o processo de Execução Fiscal:

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º [União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias], será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Contudo, a expressão “qualquer valor” vem limitada pela exigência de a cobrança ter sido “atribuída por lei” a alguma entidade pública. Ou seja, são passíveis de inscrição apenas os créditos que a lei expressamente determinar ou que decorrem de atividade típica do ente público, seja pelo exercício do seu Poder de Império (tributação, multas pelo exercício do Poder de Polícia, etc.) ou atividade tipicamente administrativa (contratos administrativos, preços públicos, fornecimento de serviços públicos, etc.).

¹⁴¹ Nesse sentido, precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. IMUNIDADE. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. SUJEIÇÃO À INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CARÁTER TRIBUTÁRIO. PRECEDENTES. I. O entendimento desta Corte é pacífico quanto ao caráter tributário das contribuições previdenciárias. Embargos de declaração acolhidos apenas para sanar a omissão apontada. (STF, AI 680353 AgR-ED, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 20/05/2008, DJ-e 112 19/06/2008)

I. Ação direta de inconstitucionalidade: L. 959, do Estado do Amapá, publicada no DOE de 30.12. 2006, que dispõe sobre custas judiciais e emolumentos de serviços notariais e de registros públicos, cujo art. 47 - impugnado - determina que a "lei entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 2006": procedência, em parte, para dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo questionado e declarar que, apesar de estar em vigor a partir de 1º de janeiro de 2006, a eficácia dessa norma, em relação aos dispositivos que aumentam ou instituem novas custas e emolumentos, se iniciará somente após 90 dias da sua publicação. II. Custas e emolumentos: serventias judiciais e extrajudiciais: natureza jurídica. É da jurisprudência do Tribunal que as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais tem caráter tributário de taxa. III. Lei tributária: prazo nonagesimal. Uma vez que o caso trata de taxas, devem observar-se as limitações constitucionais ao poder de tributar, dentre essas, a prevista no art. 150, III, c, com a redação dada pela EC 42/03 - prazo nonagesimal para que a lei tributária se torne eficaz. (STF, ADI 3694, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 20/09/2006, DJ 06/11/2006, p.30)

“Assim, nem todo o crédito da Fazenda Pública pode ser inscrito em dívida ativa. Apenas aquele decorrente do poder de império, exercido na modalidade de poder de polícia ou de outra atividade legalmente conferida à autoridade de direito público, enquanto atividade típica e própria da entidade de direito público, ainda que outros créditos possam ser considerados no conceito amplo de receita pública. Destarte a origem do crédito, se não decorrente do poder de império, deverá ser de ato ou contrato administrativo típico, sendo que outros créditos regem-se pelas normas comuns de responsabilidade civil disciplinada pelo direito privado. Estão excluídos do conceito, por exemplo, os créditos decorrentes de dano ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público ou os créditos cedidos por outros entes que hajam sido originários de atos ou contratos privados.”¹⁴²

Nesse sentido, a reparação civil por dano causado por terceiro à Administração, como, por exemplo, em um acidente de trânsito, não é atividade típica do ente público. Não há exercício do Poder de Império, mas apenas uma pretensão de ressarcimento fundada no Direito Civil. Nesses casos, a dívida não é passível de inscrição, não há autonomia da Administração para que apure, unilateralmente, inscreva o que entende devido.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a chance de apreciar a matéria, exarando precedentes quanto à inviabilidade da inscrição de débitos por responsabilidade civil:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO MEDIANTE SUPOSTA FRAUDE. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO. NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA.

¹⁴² PAULSEN, Leandro. ÁVILA, René Bergmann. SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito Processual Tributário**: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 159.

1. *Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que, ao negar provimento ao agravo interno, aplicou jurisprudência do STJ no sentido de que os créditos incertos e ilíquidos não integram a dívida ativa, suscetível de cobrança executivo-fiscal.*
2. **"No caso dos autos, cuida-se de um suposto crédito decorrente de ato ilícito (fraude). Trata-se de um nítido caso de responsabilidade civil, não se enquadrando no conceito de dívida ativa não tributária por falta do requisito da certeza"** (REsp 1172126/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/10/2010).
3. *Agravo regimental não provido.*¹⁴³

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DNER. INDENIZAÇÃO POR DANOS AO PATRIMÔNIO DECORRENTES DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECEDENTES DO STJ.

1. *Cinge-se a questão à possibilidade de cobrança, mediante inscrição em dívida ativa pelo DNER, de danos causados em Rodovia Federal.*
2. **Na hipótese, descabe utilizar a via da Execução Fiscal para ressarcimento de dano causado em decorrência de acidente automobilístico em via pública, por não se enquadrar no conceito de dívida ativa não tributária do art. 39 da Lei 4.320/1964.**
Precedentes do STJ.
3. *Recurso Especial não provido.*¹⁴⁴

Por outro lado, quando presente relação entre o causador do dano e o ente público, bem como disciplina legal que autorize, a Corte Superior tem entendido pela viabilidade da inscrição do crédito decorrente do ilícito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE. REQUISITOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DE SUPOSTO CRÉDITO ORIUNDO DE ILÍCITO CIVIL EXTRA CONTRATUAL APURADO ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. *A inscrição em dívida ativa não é forma de cobrança adequada para os créditos provenientes exclusivamente de ilícitos civis extracontratuais que não tenham sido previamente apurados pela via judicial. Isto porque, em tais casos, não há certeza da existência de uma relação jurídica que vai ensejar o crédito, não havendo*

¹⁴³ STJ, AgRg no Ag 1340269/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 22/03/2011, DJe 25/03/2011. (grifos nossos)

¹⁴⁴ STJ, REsp 719.583/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 17/12/2009, DJe 02/02/2010. (grifos nossos)

ainda débito decorrente de obrigação vencida e prevista em lei, regulamento ou contrato. Precedentes: REsp. Nº 441.099 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 07 de outubro de 2003; REsp. Nº 362.160 - RS, Rel. Min. José Delgado, julgado em 05 de fevereiro de 2002.

2. Afirmação que não agride os valores decorrentes de casos de ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos como o alcance, a reposição e a indenização, posto que sua inscrição em dívida ativa se submete a disciplina legal específica, com processo administrativo prévio, e nesses casos há uma relação jurídica entre o causador do dano e a administração pública (condição de servidor ou funcionário público) que preexiste ao próprio dano causado.

3. Hipótese em que a certidão de inscrição em dívida ativa trouxe como fundamento legal exclusivamente os arts. 159 e 1.518, do Código Civil de 1916 (art. 186, art. 927 e art. 942, do atual Código Civil), que tratam da reparação de danos por atos ilícitos civis extracontratuais, deixando de apontar os dispositivos normativos referentes ao alcance, à reposição ou à indenização.

4. Necessidade de análise dos requisitos da CDA - reexame do conjunto fático e probatório - o que chama a incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 663703, 1ª Turma, DJ 13/06/2005, p. 185; REsp 430413, 2ª Turma, Rel. Min.

Castro Meira, DJ 13/12/2004, p. 279.

5. Agravo regimental não-provido.¹⁴⁵

No âmbito federal, a reposição de valores à Administração por servidores públicos é passível de inscrição também por força do artigo 47 da Lei 8.112/90:

Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito.

Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa.

Ou seja, havendo autorização legal e regramento próprio, mesmo não sendo a finalidade precípua do ente público, pode este fazer uso do procedimento de

¹⁴⁵ STJ, AgRg no REsp 800.405/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 01/12/2009, DJe 26/04/2011. (grifos nossos)

inscrição. A previsão legal atende ao requisito do citado §1º do artigo 2º da Lei 6.830/80, qual seja, que a “cobrança seja atribuída por lei”.

Em síntese, a Dívida Ativa tem a natureza jurídica de registro público, realizado por entidade da Administração Pública. Conceitua-se como o agrupamento formal, por relação em registro próprio, de haveres tributários e não tributários da Fazenda Pública, cuja legalidade, liquidez, certeza e exigibilidade foram objeto de análise pela Administração no ato de inscrição.

2.5.2 Do procedimento legal de inscrição e da Certidão de Dívida Ativa

A inclusão de determinado direito de crédito no registro da Dívida Ativa depende, sob pena de nulidade, de ato administrativo de controle, a “inscrição em Dívida Ativa”, que vem regrado pelo §3º do artigo 2º da Lei 6.830/80:

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

Para a inscrição de determinado crédito, exige a lei que a autoridade competente proceda a uma completa análise da legalidade dos atos previamente realizados, que culminaram no inadimplemento do administrado. Nesse momento, a Administração deve verificar se foram observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, se todas

as normas do processo administrativo foram respeitadas e se o ato administrativo que dá fundamento ao crédito exigido cumpre com os requisitos de competência, objeto, motivo, finalidade e forma.

Verificando a autoridade a presença de qualquer irregularidade ou nulidade, deve recusar a inscrição e, caso sanável, providenciar o devido encaminhamento do expediente para a realização ou retificação dos atos necessários. Em uma aproximação conceitual à atividade do tabelião de protesto, pode-se dizer que a autoridade competente, no ato de inscrição, “qualifica” o crédito que lhe é apresentado.

Apurada a legalidade, sendo o crédito, em princípio, apto à inscrição, deve a autoridade proceder à apuração da liquidez e certeza. Deve definir o valor devido e os índices aplicáveis; verificar a ocorrência do termo ou da condição, quando presentes; atestar o inadimplemento e apropriar eventuais pagamentos parciais. Em resumo, a Administração atesta a exigibilidade do direito frente ao particular.

Superado o rígido procedimento de controle, pode o crédito ser inscrito em Dívida Ativa, quando passa a fazer parte do conjunto de direitos não satisfeitos da Fazenda Pública. A contar deste momento, passam a incidir sobre o crédito e sobre o devedor todos os efeitos previstos em lei.

Os detalhamentos do procedimento de inscrição, suas fases, seus prazos e seus requisitos seguem, em casa esfera de poder, suas próprias regras legais e

regulamentares, considerando a independência funcional inerente ao sistema federativo¹⁴⁶. Aos Municípios, aos Estados e à União cabe estabelecer tais regras por meio de seu Legislativo e regulamentá-las por Decreto.

Na esfera federal, ainda vigoram as disposições do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, especialmente o seu artigo 22, caput e §1º:

Art. 22. Dentro de noventa dias da data em que se tornarem findos os processos ou outros expedientes administrativos, pelo transcurso do prazo fixado em lei, regulamento, portaria, intimação ou notificação, para o recolhimento do débito para com a União, de natureza tributária ou não tributária, as repartições públicas competentes, sob pena de responsabilidade dos seus dirigentes, são obrigadas a encaminha-los à Procuradoria da Fazenda Nacional da respectiva unidade federativa, para efeito de inscrição e cobrança amigável ou judicial das dívidas deles originadas, após a apuração de sua liquidez e certeza.

§ 1º Recebendo o processo, por distribuição, o Procurador da Fazenda Nacional examinará detidamente a parte formal e, verificada a inexistência de falhas ou irregularidades que possam infirmar o executivo fiscal, mandará proceder à inscrição da dívida ativa nos registros próprios, observadas as normas regimentais e as instruções que venham a ser expedidas pelo Procurador-Geral, extraindo-se, ato contínuo, a certidão que, por êle subscrita, será encaminhada ao competente órgão do Ministério Público, para início da execução judicial.

O dispositivo mantém sua redação original quanto à competência para ajuizamento da execução fiscal. Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público deixou de exercer a representação dos entes políticos, restando à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional não apenas a inscrição, mas também o ajuizamento da respectiva execução fiscal¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Constituição Federal de 1988: Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

¹⁴⁷ A competência tem definição infraconstitucional pelo inciso I do artigo 12 da Lei Complementar 73/1993:

Inscrito o crédito, exige a lei seja extraída a certidão da Dívida Ativa para municiar a propositura da execução fiscal. Esta é o espelho perfeito do termo de inscrição, constituindo verdadeiro “traslado” das informações constantes do livro próprio da Dívida Ativa¹⁴⁸. Assim, o ente público pode trazer ao Poder Judiciário, com a inicial executiva, documento que certifique estar cadastrado na repartição pública competente aquele crédito a que se pretende seja deferida a ordem executiva.

É a este documento representativo das informações constantes dos cadastros da Administração Pública que a lei concede força executiva, na forma do inciso VII do artigo 585 do Código de Processo Civil:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

Considerando que a certidão de dívida ativa é título executivo, ou seja, que carrega a presunção de existência e certeza do crédito ali representado, indispensável o respeito às formas legais. Apenas pode ter força executiva se estiver enquadrada nas exigências formais dos §§ 5º e 6º do artigo 2º da Lei 6.830/80:

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

¹⁴⁸ Por força do §1º do artigo 2º da Lei 6.830/80 é possível que os termos de inscrição sejam preparados na forma eletrônica.

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

Com relação aos créditos tributários, têm incidência os artigos 202 e 203 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), que estabelecem os requisitos da certidão e as consequências da sua inobservância:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Art. 203. A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada.

Portanto, a certidão formalmente regular é instrumento legal de materialização do crédito inscrito em dívida ativa, viabilizando o traslado das informações do registro administrativo para o bojo do processo executivo.

Ainda que nula ou prescrita a obrigação que lhe dá fundamento, enquanto perdurar a inscrição, sem seu cancelamento por decisão administrativa ou judicial, presume-se a validade da exigência ali transcrita. Ao particular cabe diligenciar na busca da prova da sua não responsabilidade, pois a inscrição – que não deixa de ser espécie de registro público – continua a produzir efeitos no mundo jurídico até sua baixa^{149 150}.

2.5.3 Os efeitos da inscrição na perspectiva da boa-fé objetiva

Feitas as considerações quanto à dívida ativa, fica clara sua aproximação à espécie de registro público e, como tal, tem sempre a finalidade de dar conhecimento geral do que nele está condito. A solenidade do ato, revestido de garantias e presunções, da legitimidade ao artigo 185 do Código Tributário Nacional na sua redação atual, prestigiando o atuar administrativo.

¹⁴⁹ Importante fazer um paralelo com o artigo 252 do Lei 6.015/73 (Lei dos Registro Públicos):

Art. 252 - O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido.

¹⁵⁰ Considerando que a inscrição em Dívida Ativa é forma de registro público, como se pode depreender da leitura do §1º do seu artigo 39 da Lei 4.320/64, é possível concluir que nosso sistema jurídico, tradicional e sistematicamente, privilegia as informações constes de assentos e livros públicos, sejam os de serventias extrajudiciais, sejam os de órgão da Administração Pública, em detrimento das afirmações em contrário dos demais interessados. Cabe àquele que se sente prejudicado fazer uso dos meios administrativos e judiciais para buscar cancelar ou retificar as informações que entende incorretas. As informações registradas gozam, portanto, de presunção *iuris tantum*, produzindo efeitos até decisão de autoridade competente ou ordem judicial que altere a situação registral.

No entanto, retomando as considerações do item anterior, quando abordada especificamente a questão do *consilium fraudis*, não se pode, como parece ter sido a interpretação do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.141.990/PR, supor objetivamente que qualquer débito inscrito em dívida ativa é razoavelmente alcançável – passível de ser conhecido – pelo adquirente. A federação brasileira, com uma multiplicidade de entidades, muitas das quais extremamente precárias e limitadas – em especial no plano municipal – e uma extensão continental, não contribui em nada para a efetiva publicidade das inscrições de dívida.

Como abordado no Capítulo 2 da Primeira Parte, a máxima da publicidade na Administração deve ser vista de dois lados. Assim como o ente público tem o dever de dar a devida notícia pelo meio razoável ao caso; o cidadão tem a obrigação de buscar a informação pelas diligências mínimas esperadas.

O que se quer defender é: apenas se poderia dar o caráter de presunção *iuris et de iure* ao *consilium fraudis* – em termos práticos, dispensar o requisito – se a publicidade promovida pela inscrição foi suficiente, na perspectiva de um comportamento cooperativo da boa-fé objetiva, para que o adquirente tomasse ciência empreendendo meios razoáveis.

Novamente, apenas a casuística pode dar luzes às abstrações. Tomando como exemplo as inscrições da Dívida Ativa Federal. De regra, tem-se hoje um sistema seguro e, mais importante, que permite a consulta direta da regularidade fiscal de qualquer

pessoa pela rede mundial de computadores¹⁵¹. Como se não bastasse, a existência de débitos federais inscritos implica, ainda, a inclusão do nome do devedor junto ao Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal – Cadin, na forma dos artigos 1º e 2º, inciso I, da Lei 10.522/2002:

Art. 1º O Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin) passa a ser regulado por esta Lei.

*Art. 2º O Cadin conterá relação das pessoas físicas e jurídicas que:
I - sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta;
(...)*

O efeito do cadastrado no Cadin é impedir que o devedor possa firmar contratos e negociar com entidades da Administração Pública direta e indireta, ter acesso a financiamento envolvendo recursos públicos e gozar de incentivos ou benefícios fiscais. A lei, para assegurar seus efeitos, obriga a consulta prévia do cadastro restritivo antes da celebração de tais atos:

Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

I - realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos;

II - concessão de incentivos fiscais e financeiros;

III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.

¹⁵¹ O sítio da Receita Federal do Brasil oferece o serviço a qualquer cidadão, apenas negando a consulta quando existirem débitos pendentes e não suspensos. Ver: www.receita.fazenda.gov.br

Quer dizer, não há mais o que tornar público. A Administração diligenciou de todas as formas para disponibilizar, a qualquer cidadão e a qualquer momento, a consulta da realidade jurídica da contraparte em um negócio jurídico. Não atende à boa-fé, não coopera, não é leal, o adquirente que deixa de efetuar as consultas de débitos federais ou exigi-las do alienante.

Situação completamente diversa ocorre nos planos mais baixos da federação, notadamente nos Municípios. A limitação de recursos disponíveis e a, muitas vezes, precária estrutura das Secretarias de Fazenda torna o processo de inscrição da dívida ativa algo artesanal. Não há publicidade, não existem formas alternativas de acesso que não a busca física nas repartições, com todos os custos inerentes.

Voltando às hipóteses. Pretendendo determinado adquirente celebrar compra e venda, efetua a pesquisa de regularidade fiscal de seu vendedor nas Fazendas Federal, Estadual e Municipal da residência deste e do local do bem objeto do acordo. Posteriormente, caso o artigo 185 do Código Tributária Nacional não sofra qualquer oxigenação interpretativa, poderá ser surpreendido por uma execução municipal, calcada em dívida ativa inscrita em outro Estado e, possivelmente, a milhares de quilômetros de distância do local do bem. Não cabe perquirir a origem da dívida, mas o fato de que não tinha qualquer relação com o objeto do contrato e nada permitia presumir fosse o vendedor devedor de tributos em outra cidade.

Como inexistente qualquer espécie de cadastro nacional, ou mesmo estadual, de dívidas municipais, não poderia a Administração – agora interpretando com o auxílio da boa-fé objetiva – esperar que o adquirente promovesse pesquisas aleatórias pelo

território nacional. Ou seja, não tendo o ente estatal agido para dar publicidade, do particular não pode esperar mais que a conduta ordinária, comum à hipótese, qual seja, a busca na comarca do vendedor e do respectivo bem.

É nessa linha que a hipótese demanda o recurso à boa-fé objetiva. Esta impõe, ao mesmo tempo, um dever de publicidade que seja “suficiente”; enquanto exige do particular o agir na busca da informação “suficientemente publicizada”. Portanto, rejeitando a interpretação simplista dada pelo Superior Tribunal de Justiça, cabe falar em *consilium fraudis* na hipótese do artigo 185, mas de forma objetiva, quer dizer, com relação à razoável possibilidade de a dívida inscrita vir a ser do conhecimento do adquirente.

2.6 Posicionamento da Boa-fé Objetiva na Estrutura da Norma Jurídica

Retornando à Teoria da Norma – já exposta anteriormente, com a adoção de um paradigma teórico linguístico de conformação do Direito – ao pretender apreciar a boa-fé objetiva como elemento de interpretação da fraude à execução, cabe questionar o posicionamento exato desta figura interpretativa – recheada de valores, densa de normatividade – na estrutura da norma jurídica.

Sendo a norma, tomada como elemento mínimo do sistema, estruturada em uma significação deôntica, com uma hipótese H e um conseqüente C, ligados por um vínculo implicacional de dever-ser D, o recurso interpretativo à boa-fé objetiva está, necessariamente, presente da estruturação interpretativa da hipótese, como ou auxiliar – para

não dizer elemento indispensável – à significação da hipótese seletiva de fatos da realidade para a composição da facticidade jurídica.

Quer dizer, se a norma jurídica da fraude à execução produz como consequente a proibição de aquisição de bens do réu ou devedor por terceiros, cujo descumprimento desencadeia, na norma secundária, uma relação de sujeição do terceiro adquirente (relativamente a parte de seu patrimônio) ao Estado-juiz, assim o faz por ter tido lugar a hipótese desta mesma norma. Portanto, é na construção desta proposição descritiva ou proposição-hipótese do fato impulsionador da consequência jurídica que o intérprete se socorrerá da boa-fé objetiva.

Como já esclarecido, a norma jurídica não se confunde com o texto ou substrato físico do “direito posto”, mas é produto da atividade do intérprete que, provocado pelos signos materialmente postos de um determinado código, estruturará significações. Socorrendo-se novamente da Professora Aurora Tomazini:

“Ao tratarmos a norma como significação, pressupomos que o intérprete a constrói. A constrói porque ela não se encontra no plano físico do direito, escondida dentre as palavras que o compõem. Ela é produzida na mente do intérprete e condicionada por seus referenciais culturais. Isto explica a possibilidade de um único texto originar diferentes normas jurídicas, consoante aos diversos valores empregados aos seus vocábulos”¹⁵²

Portanto, na construção significativa da hipótese ‘H’ da norma jurídica da fraude à execução, como ponto de partida necessário e indispensável, terá o intérprete, com suporte de signos, o enunciado descritivo dos incisos dos artigos 593 e, quando na

¹⁵² CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 271.

vigência, do artigo 792 do Novo Código, relacionados aos seus *caputs*, respectivamente: “*considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens(...)*”; “*a alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução(...)*”.

Como se procurou demonstrar até este ponto do estudo, da simples definição legal específica posta pelo legislador (do signo posto pelo legislador nos citados artigos) só podem decorrem significações vazias de valores, pois a semântica mínima do instituto não parece dar abertura ao intérprete. Tem-se um vazio valorativo nas significações mais ou menos possíveis, que não se compatibiliza com todo o conjunto dos valores de lealdade, de cooperação e de proteção da segurança, bem como com as expectativas de conduta decorrentes do conjunto do ordenamento jurídico.

Cria-se, assim, uma verdadeira crise axiológica ou carência de valores, cuja finalidade da própria lei era justamente efetivar. É nesse momento, nessa “traição da lei às suas finalidades”, que caberá ao intérprete o recurso ao instrumento jurídico-hermenêutico da boa-fé objetiva. Assim, na construção da significação da hipótese H, impulsionadora do consequente implicado da fraude, a interpretação será valorativamente preenchida, construindo uma significação mais adequada, na perspectiva aqui defendida.

Recorrendo ao plano figurativo, como refere o Lourival Vilanova: “*o fato se torna fato jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese*”¹⁵³. Assim, a boa-fé objetiva, no caso da significação da hipótese da fraude à execução, seria como, no curso do processo interpretativo, “*encostar um pouco mais a*

¹⁵³ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 52.

porta” para que não ingressem na facticidade jurídica aqueles fatos em que o terceiro tenha agido objetivamente de boa-fé.

2.7 Por um Modelo mais Sintético

Abortados, ainda que sem qualquer pretensão de exaurimento, a estrutura normativa e os pontos sensíveis da configuração da fraude à execução (comum ou especialíssima do artigo 185), bem como a atuação da boa-fé na sua integração interpretativa com respeito ao caso concreto e aos fins da própria norma, possível uma descrição mais sintética da figuração processual nessa perspectiva, pode-se dizer, agora jus-axiologicamente informada.

A fraude à execução, como relação jurídica de direito público – mais especificamente processual – que vincula o Estado e o terceiro adquirente, na pretensão de sujeição de bens deste ao processo executivo, exige: **a existência de demanda anterior** – ou inscrição anterior, para a hipótese do artigo 185 do Código Tributário nacional; ou averbação anterior da existência da ação em registro competente, para a hipótese do inciso I do artigo 792 do novo diploma processual – **à alienação; ciência efetiva ou potencial do litígio** – sobre a coisa, para a hipótese do inciso I do artigo 593 ou inciso I do artigo 792 do diploma novo, e sobre o patrimônio (pretensão condenatória) para as demais – **pelo adquirente; ocorrência, exceto para o inciso I, de prejuízo (insolvência)**. Exige, ainda, no ponto oxigenado pela boa-fé: **a conduta razoável e leal da Administração, na figura do Poder Judiciário, de dar efetiva publicidade ao processo** (registros de distribuição, providências nos Registros Públicos, etc.); **e a ausência de uma conduta cooperativa do**

adquirente na busca dessa informação publicizada, pelos meios que seriam razoavelmente exigíveis.

Nessa visão, na apuração da fraude, não de forma métrica e formal – com o simples cotejo de prazos e datas, ou, pior, com a exigência de prova do estado de espírito do adquirente (prova “diabólica” para o credor) –, mas informada pelas exigências de um padrão mínimo de conduta, especificado pela comparação das ferramentas de informação na perspectiva das circunstâncias do caso concreto, é que se deve dar operatividade a esta relação de sujeição patrimonial do indivíduo à coletividade.

Chegado a este ponto da argumentação, importante, até por ser o Direito ciência eminentemente prática, a visualização de algumas circunstâncias concretas, como os meios de defesa do executado e o reconhecimento da fraude em situações limites. Ademais, outras fronteiras podem ser demarcadas, com a apresentação de discussões ainda sombreadas de dúvidas e questionamentos. Reservou-se, assim, à terceira parte deste trabalho uma visão mais casuística da operatividade da boa-fé objetiva na fraude à execução.

TERCEIRA PARTE: OPERATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA NA FRAUDE À EXECUÇÃO, SITUAÇÕES DIFÍCEIS, QUESTÕES ABERTAS E DEFESA DO TERCEIRO ADQUIRENTE

1 ALGUMAS SITUAÇÕES DIFÍCEIS

Após argumentar por duas partes sobre a estrutura da boa-fé objetiva e sua aplicação teórica ao campo da fraude à execução, o estudo deve descer um pouco mais à casuística. As investigações puramente abstratas e teóricas, apesar de racionalizar e sistematizar, são áridas por demais para satisfazer ao jurista. A aplicação é ato sempre indispensável ao Direito, sua pretensão de solução da lide lhe imprime uma gênese irremediavelmente prática.

Portanto, esta terceira parte, que agora se inaugura, vai dedicada ao estudo do que se optou chamar de operatividade. Diferente da metodologia até então adotada, aqui se buscará levantar questões práticas, sem qualquer rigor sistêmico, mas que pela experiência podem ser formuladas como desafiadoras e demandando atenção.

Como tentativa de ordenação, ao menos aparente, optou-se por separar esses contextos concretos em: situações difíceis, indicando casos em que a boa-fé auxilia na melhor definição e solução de problemas corriqueiros; questões abertas, levantando problemas, cuja resposta por mera dedução ou subsunção não parece ser suficiente, estando, portanto, pendentes de melhor equalização pela doutrina e jurisprudência; e a defesa do

terceiro, matéria prática que carece de tratamento próprio, considerando ter sido, até agora, negligenciada.

Feitas estas considerações, pode-se prosseguir neste capítulo, dedicado ao primeiro ponto da investigação: situações difíceis. Estas são várias, infinitas na medida da imaginação, sempre produtiva de problemas e enigmas no Direito. Contudo, buscando um corte metodológico – simplificador, mas, ao mesmo tempo, facilitador – capaz de reduzir a abrangência do estudo, elenca-se dois problemas atuais e vibrantes em muitos processos de execução pelo país: o problema do relacionamento entre alienação fiduciária e execução pré-existente – tanto para execução comum, como fiscal – e a questão do momento da fraude nas hipóteses de redirecionamento pelo artigo 135 do Código Tributário Nacional – agora limitada à execução fiscal tributária.

Ambos os contextos são ricos e complexos para fomentar uma investigação produtiva e uma tentativa de infiltração da boa-fé como recurso salvador. Por tais razões, opta-se, como já referido, sem pretensão de esgotamento, por seu destaque como forma de trabalhar, ao menos nesta última parte, de forma mais concreta.

1.1 Da Fraude à Execução sobre o Negócio Fiduciário: boa-fé do fiduciário em relação aos demais credores

A disciplina da alienação fiduciária, desde sua introdução no ordenamento, mas especialmente na última década, tem se apresentado como instrumento jurídico indispensável de garantia do mercado na negociação e no financiamento em massa

de bens duráveis, sejam móveis ou imóveis. Com o aumento do crédito decorrente da estabilização econômica, os veículos e os imóveis ditos “alienados” passaram a fazer parte do cotidiano brasileiro.

A nova realidade patrimonial da sociedade brasileira acabou por entrar em choque com a disciplina da execução. Não são raras as oportunidades em que o devedor não possui qualquer bem para o pagamento do crédito, exceto um veículo alienado fiduciariamente para alguma instituição financeira.

Considerando que bem não compõe juridicamente o patrimônio do devedor, um verdadeiro tumulto processual se instala, com a penhora sobre direitos à futura propriedade plena da coisa, caso quitado o financiamento. A alienação de direitos aquisitivos em hasta pública, rotineiramente, mostra-se ineficaz e o pagamento integral do débito com a instituição fiduciária uma ilusão.

Instala-se uma situação, no mínimo, inusitada. De um lado, o crédito já em execução, muitas vezes público (tributário e não tributário) dotado de todas as garantias processuais próprias, que nada recebe. Do outro, um credor que todo mês recebe seu crédito pontualmente, pois atormenta o devedor com a possibilidade de apreensão do bem. No meio, o devedor que, apesar de não adimplir suas obrigações vencidas, goza de todas as benesses da posse de um bem que, na verdade, não é seu, repassando parcelas ao credor que, caso respeitada à lógica, deveriam estar sendo destinadas ao abatimento da execução.

O quadro, num primeiro olhar, parece irreversível, pois, como afirmado e reafirmado pela jurisprudência, com muita propriedade, o bem alienado não é do devedor, não podendo terceiros responder pelo débito.

No entanto, a confusão dos conceitos e a complexidade do “acordo fiduciário” podem ser as barreiras que impedem uma aplicação incisiva e efetiva da fraude à execução – comum ou do artigo 185 do Código Tributário Nacional – à alienação fiduciária, cabendo algumas ponderações.

1.1.1 Breve origem histórica e natureza jurídica da alienação fiduciária

A alienação fiduciária e a propriedade fiduciária têm sua origem mais remota no Direito Romano. A chamada *fiducia cum creditore* era “negócio jurídico pelo qual o devedor, ao transferir a propriedade (por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*) de uma coisa infungível ao credor, visando a garantir-lhe o cumprimento de uma obrigação, convencionava com este, por um pacto (os romanistas o denominam *pactum fiduciae*), a restituição da coisa, quando extinta a relação obrigacional”¹⁵⁴

Desde sua origem, portanto, a alienação fiduciária¹⁵⁵ caracterize-se por ser um negócio jurídico acessório, para garantia de outro, tendo como objeto a transferência da propriedade de um bem do devedor para o credor. Diferencia-se dos demais direitos reais

¹⁵⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. V. 1. 10ª ed. São Paulo: Forense, 1997. p. 350-351.

¹⁵⁵ Assim como institutos próximos do Direito Estrangeiro, como o *trust* norte-americano.

sobre coisa alheia por retirar o bem, por completo, da propriedade do devedor, passando, transitoriamente e com a finalidade específica de garantia, a integrar o patrimônio do credor.

No Direito Romano, o instituto apresentava falhas, pois implicava a transferência plena do domínio ao credor. A devolução da propriedade exigia nova alienação, dependendo o devedor da boa vontade do credor, motivo da expressão “fidúcia”, que significa confiança.

No atual panorama, a alienação fiduciária tem regulação esparsa no Direito Brasileiro, com disposições específicas para determinadas operações no mercado financeiro. No entanto, sua essência é a mesma em todas as hipóteses, cabendo a análise apenas as normas de uso mais comum.

O Código Civil vigente traz em seu artigo 1.361 o conceito de propriedade fiduciária de bem móvel:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

A alienação fiduciária de móveis no âmbito do mercado financeiro, de ampla utilização como garantia para o financiamento bancário de veículos, é regulada pelo artigo 66-B da Lei 4.728/65:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil,

a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.(Incluído pela Lei 10.931, de 2004)

Por fim, coube ao artigo 22 da Lei 9.514/97 prever a hipótese para bens imóveis:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Dessa forma, por expressa previsão legal, a alienação fiduciária é um negócio jurídico com “escopo de garantia” e implica, necessariamente, a transferência da propriedade resolúvel ao credor. Cumprida a obrigação, resolve-se o direito real, retornando o bem ao patrimônio do devedor. Havendo inadimplemento, pode o credor, adotados os procedimentos e respeitadas as garantias previstas em lei, saciar seu crédito com o valor econômico que o bem possa proporcionar.

Logo, é possível estabelecer a diferença conceitual entre alienação fiduciária e propriedade fiduciária. A primeira é negócio jurídico acessório, que tem por objeto a transferência de um bem em garantia. A segunda é o direito real de propriedade resolúvel que surge com o registro da alienação fiduciária.

Em suma, não há alienação fiduciária como negócio autônomo, dependendo para existir de um acerto principal, como um financiamento. Ademais, exige-se a transferência de um bem que pertença ao devedor daquela obrigação principal, pois ninguém pode alienar o que não lhe pertence.

Portanto, em qualquer acerto com garantia fiduciária é possível distinguir, no mínimo, dois negócios distintos, um de natureza obrigacional a ser garantido e outro acessório de cunho real (alienação fiduciária propriamente dita). Apesar de, normalmente, serem objeto de estipulação no mesmo instrumento contratual, são pactos diversos, guardando entre si apenas uma relação de acessoriedade.

Vejam os exemplos: 'A' pretende vender um imóvel a 'B' em prestações. Firmam as partes contrato de compra e venda com a obrigação de pagar o preço diferido no tempo. Transfere-se, assim, a propriedade do imóvel a 'B', cabendo a 'A' apenas o crédito decorrente da obrigação pessoal de pagamento das parcelas ajustadas. Assim, como garantia, 'B', que se tornou proprietário da coisa, aliena-o fiduciariamente para 'A', que se torna proprietário e possuir indireto do bem até o adimplemento.

No caso acima, a obrigação pessoal de pagar o preço, oriunda da compra e venda, passa a ser garantida pelo contrato real de alienação fiduciária, por meio da alienação do imóvel por 'B'. Nota-se que o imóvel já fazia parte do patrimônio de 'B', pois a obrigação de transferir a propriedade na compra e venda fora cumprida por 'A' no momento da conclusão do negócio.

Na situação corriqueira apelidada de "refinanciamento" de veículo, 'B', proprietário pleno de um automóvel, contrai empréstimo junto a 'A', instituição financeira. Como garantia, 'B' aliena fiduciariamente seu veículo, tornando 'A' proprietário resolúvel até o adimplemento.

Conclui-se, portanto, ser indispensável que o bem dado em garantia fiduciária seja da propriedade do devedor da obrigação garantida. O devedor/fiduciante apenas pode alienar, pelo princípio da disponibilidade, propriedade sua, pois a propriedade fiduciária não é senão espécie do gênero “Propriedade”¹⁵⁶.

No entanto, a confusão entre os negócios torna-se maior no conhecido financiamento para a aquisição de veículos. Nesses casos, uma terceira parte, o proprietário originário do veículo, passa figurar no acerto ao lado do comprador/devedor e da instituição financeira. A cadeia dominial do veículo fica distorcida, levando ao intérprete à errônea conclusão de que o bem financiado – que também serve de garantia – não ingressa na esfera jurídica do devedor/comprador antes do pagamento do preço.

Na verdade, em tais situações, é possível distinguir três negócios distintos, apesar de celebrados simultaneamente. Primeiro, a concessionária (proprietário originário) vende o automóvel ao comprador/devedor, transferindo a propriedade do veículo a este. Em seguida, já proprietário pleno do bem, o comprador/devedor contrai o empréstimo com a instituição financeira (negócio garantido), alienando o bem fiduciariamente a esta (negócio garantidor), efetuando, com a quantia emprestada, o pagamento à concessionária.

Apesar de todos os atos acontecerem instantaneamente no mundo jurídico, resta incontestado que o bem financiado, antes de servir de garantia fiduciária, ingressa necessariamente no patrimônio do devedor/comprador, para só então ser alienado ao agente financeiro.

¹⁵⁶ No Código Civil vigente, o capítulo da propriedade fiduciária está incluído no título da propriedade, pois aquela é espécie desta.

Se assim não fosse, quando do adimplemento do contrato de financiamento e da consequente resolução da propriedade fiduciária, a propriedade plena consolidar-se-ia na pessoa da concessionária (proprietário originário), pois ainda não teria ocorrido qualquer alienação ao devedor/comprador. Da mesma forma, a posse direta do bem, que, por disposição legal, pertence ao fiduciante – aquele que aliena fiduciariamente – estaria nas mãos da concessionária, inviabilizando seu uso pelo devedor/comprador.

Esta é a interpretação que se pode extrair da literalidade das disposições atinentes à alienação fiduciária, quando estatuem seu objeto como sendo “*coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor*”¹⁵⁷. A lei exige que a propriedade seja do devedor para que a alienação fiduciária se complete, inclusive postergando os seus efeitos para quando por ele adquirida, senão vejamos:

Artigo 1.361 do Código Civil

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

De forma mais expressa, a redação revogada do §2º do artigo 66 da Lei 4.728/65:

§ 2º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não fôr proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.

¹⁵⁷ Artigo 1.361, *caput*, do Código Civil.

Em resumo, independente dos negócios jurídicos celebrados em conjunto com o negócio garantido pela alienação fiduciária, o bem dado em garantia deve, antes da transferência fiduciária, ingressar na esfera jurídica do devedor da obrigação garantida, mesmo que por instantes. Daí conclui-se que toda alienação fiduciária é um ato de transferência de um bem próprio do devedor.

1.1.2 Da ineficácia da alienação fiduciária por fraude à execução

Como já mencionado, a jurisprudência é firme no sentido da impossibilidade da penhora do bem alienado fiduciariamente para pagamento de dívidas do devedor fiduciante¹⁵⁸. Outra não poderia ser a interpretação, pois o bem dado em garantia

¹⁵⁸ Nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - PENHORA - IMPOSSIBILIDADE - PROPRIEDADE DO CREDOR FIDUCIÁRIO - EMBARGOS DE TERCEIRO - LEGITIMIDADE ATIVA DO DEVEDOR-EXECUTADO - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

1. "A alienação fiduciária em garantia expressa negócio jurídico em que o adquirente de um bem móvel transfere - sob condição resolutiva - ao credor que financia a dívida, o domínio do bem adquirido.

Permanece, apenas, com a posse direta. Em ocorrendo inadimplência do financiado, consolida-se a propriedade resolúvel" (REsp 47.047-1/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

2. O bem objeto de alienação fiduciária, que passa a pertencer à esfera patrimonial do credor fiduciário, não pode ser objeto de penhora no processo de execução, porquanto o domínio da coisa já não pertence ao executado, mas a um terceiro, alheio à relação jurídica.

3. Por força da expressa previsão do art. 1.046, § 2º, do CPC, é possível a equiparação a terceiro, do devedor que figura no pólo passivo da execução, quando este defende bens que pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela penhora, como é o caso daqueles alienados fiduciariamente.

4. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 916.782/MG, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 18/09/2008, DJe 21/10/2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. CABÍVEL A CONSTRIÇÃO DE DIREITOS DO EXECUTADO. 1. A jurisprudência vem afirmando que bens objeto de contratos de alienação fiduciária não podem se sujeitar à penhora, uma vez que o executado/devedor fiduciante é mero possuidor, restando a coisa na propriedade do credor fiduciário, terceiro estranho ao processo de execução. 2. Entretanto, admite-se a constrição de direitos do devedor relacionados à alienação fiduciária. 3. Circunstâncias de ordem prática não podem fundamentar o indeferimento do pleito da parte exequente. 4. Agravo de instrumento provido. (TRF4, AG

fiduciária não se encontra mais no domínio do devedor, pertencendo a seu credor, que é terceiro em relação ao crédito objeto da execução.

Não se pode, assim, pretender a penhora direta sobre o patrimônio de terceiro, pois inviável em nosso regime de Direito Civil e Processual. No entanto, devem, tanto o exequente como o juízo da execução, questionar, antes de qualquer ato de constrição, a legitimidade do oferecimento da garantia fiduciária pelo devedor.

Tendo em vista a autonomia dos negócios jurídicos que compõem o “acerto fiduciário” (principal e acessório ou garantido e garantidor), é possível indagar quanto à incidência dos artigos 593 do Código de Processo Civil (ou o artigo 792 do novo diploma) e 185 do Código Tributário Nacional sobre as transações efetuadas. Estando o devedor insolvente ou correndo contra ele demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, não pode ele alienar ou onerar os bens ou rendas que tenham ingressado, mesmo que momentaneamente, em seu patrimônio, sob pena de ficar configurada a fraude.

Logo, considerando que a alienação fiduciária pressupõe que o bem dado em garantia esteja no domínio do devedor/fiduciante e seja transferido ao credor/fiduciário, o contrato acessório de garantia celebrado na pendência de lide – ou apenas da inscrição de dívida para o artigo 185 – e no estado de insolvência não produz eficácia contra o credor – ou a Fazenda Pública que realizou a inscrição. Em outras palavras, o exequente não precisa respeitar a alienação fiduciária, pois o bem continua sujeito à

execução em decorrência da fraude na sua alienação – ainda que apenas fiduciária – a outro credor.

No acerto fiduciário, estão presentes, no mínimo, dois negócios jurídicos autônomos. Primeiro, o devedor assume obrigação de caráter pessoal frente ao credor, fazendo surgir o negócio garantido, qual seja, o empréstimo, o financiamento, etc. Em seguida, o devedor, agora fiduciante, firma com o credor/fiduciário, negócio jurídico garantidor do primeiro de cunho real, alienando fiduciariamente a sua propriedade em favor do credor.

Este segundo negócio acessório, por implicar alienação ou oneração de bens é que poderá sofrer a incidência da norma protetiva do crédito. O primeiro é hígido e perfeito, pois estar em débito não impede o executado de contrair novas obrigações com terceiros. O segundo, contudo, apesar da finalidade de garantia, é negócio real de transferência da propriedade, que, por força da lei, permanecerá sujeita à execução.

Seguindo a linha apresentada nas duas partes deste trabalho, a sujeição da propriedade fiduciária ao processo executivo – ou a ineficácia, para utilizar a figura de linguagem mais usual, apesar da crítica já apresentada – depende dos mesmos requisitos da lei, já esmiuçados. A boa-fé, por seu turno, deve ser avaliada, nessa circunstância, quanto ao tomador da garantia fiduciária.

Apesar da proximidade, os contornos são um pouco diversos. Aqui a conduta daquele que recebe um bem em garantia deve estar também pautada pela lealdade e honestidade em relação a todos os demais credores, muitos dos quais já podem estar com

débitos em execução. Não basta diligenciar para obter garantia ao seu crédito, exige-se que verifique não esteja recebendo garantia com prejuízo a todos os demais credores.

As exigências de certidões e prévia investigação da situação jurídica da pessoa do devedor e do bem dado em garantia são igualmente necessárias. A simples formalização do acerto fiduciário não pode servir de escudo ao credor contra os demais créditos, pois se trata de efetiva alienação de propriedade – apesar de resolúvel – a terceiro, não interessando o caráter de garantia.

Assim, age de má-fé e, portanto, não pode querer opor sua garantia aos demais credores, aquele que recebe a propriedade fiduciária sem as razoáveis diligências. A postura aqui é de lealdade não em relação ao devedor, que cede a propriedade, mas em relação a todos os demais que esperam no patrimônio daquele a satisfação de sua pretensão.

1.2 Do Momento da Fraude na Execução Fiscal Redirecionada na Perspectiva do Adquirente

O fenômeno do redirecionamento na execução fiscal, sem tentar aqui esgotar o tema por completo, há muito tempo tem sido reconhecido pela jurisprudência e utilizado em abundância pelos magistrados de primeiro grau. Com base no artigo 135 do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de fraude à lei e, especialmente, de dissolução irregular¹⁵⁹ da empresa executada, tem-se permitido a inclusão de seus sócios

¹⁵⁹ Convencionou-se chamar de dissolução irregular o esvaziamento patrimonial e a desativação da sede empresarial sem as demais medidas exigidas pelo direito, como o pedido de falência, a baixa regular, etc.

administradores no polo passivo do feito, com sua citação, decorrente do reconhecimento judicial da responsabilidade do terceiro (sócio) pelo débito.

Aqui novamente falando de método, a investigação que se propõe em nada tem que ver com os requisitos, casos, exceções e situações em que está autorizado ou proibido o redirecionamento dos executivos fiscais contra os sócios. Aqui se busca refletir sobre os efeitos da decisão que o defere – sem questionar suas razões e seus fundamentos – na possível configuração da fraude à execução na alienação dos bens deste mesmo sócio redirecionado – que virou parte executada.

Portanto, quanto ao redirecionamento e sua estrutura, importa apenas ter ciência de sua existência e aplicabilidade corriqueira nas varas fazendárias. Em rápidas pinceladas, assim dispõem o artigo 135 do Código Tributário Nacional:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Depois de grande divergência jurisprudencial, à ofensa à lei, como prevista no citado artigo, reduziu-se apenas àquela hipótese de agressão à lei que não seja tributária, ou seja, à lei comercial, civil, penal, etc. O simples não recolhimento do tributo configuraria desobediência à lei tributária e, caso tida por suficiente, estar-se-ia permitindo verdadeira solidariedade entre sócios e sociedades. Por tal razão, o Superior Tribunal de Justiça inúmeras vezes já pontuou a questão, como exemplifica a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE POSTERIOR À RETIRADA DO SÓCIO. IMPOSSIBILIDADE.

PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.101.728/SP, DJe 23/3/2009, sob o rito dos recursos repetitivos, firmou o entendimento que o redirecionamento da Execução Fiscal para o sócio da empresa é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

2. "O redirecionamento da execução fiscal, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, pressupõe a permanência do sócio na administração da empresa ao tempo da ocorrência da dissolução." (EAg 1105993/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 01/02/2011).

3. Agravo regimental não provido.¹⁶⁰

No mesmo sentido, a Súmula 430 da mesma Corte:

"O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente."¹⁶¹

Paralelamente, essa com maior incidência, consolidou-se a hipótese de redirecionamento por dissolução irregular da sociedade, o que configuraria a necessária ofensa ao ordenamento e autorizaria a responsabilização. Sem descer a minúcias, a Corte Especial editou a Súmula 435:

"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos

¹⁶⁰ STJ, AgRg no REsp 1441047/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 23/09/2014, DJ-e 30/09/2014.

¹⁶¹ STJ, Súmula 430, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJ-e 13/05/2010.

competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”¹⁶²

Dessa forma, tem-se como certo a viabilidade jurídica de, em determinadas circunstâncias, o sócio – e, portanto, terceiro na execução – vir a responder como parte pelos débitos de sua sociedade, por força do artigo 135 do Código Tributário Nacional. Importante destacar que, até a decisão judicial de redirecionamento, o sócio não é parte no feito¹⁶³; no entanto, uma vez incluído, passa a correr sobre ele demanda que, eventualmente, pode reduzi-lo à insolvência.

Precisamente nesta transmutação, de terceiro para parte legítima executada, que se encontra a dificuldade na definição exata do momento em que se poderiam considerar fraudulentas eventuais alienações promovidas por este sócio redirecionado. Como prevê o artigo 185 do Código Tributário Nacional, a fraude à execução não depende da pendência da lide, apenas de inscrição e do estado de insolvência, portanto, questiona-se: em que momento a inclusão do sócio como parte produz efeitos nesse campo do direito?

As repostas são várias. Considerando que a fraude pode decorrer da mera inscrição, pode-se defender que a decisão de redirecionamento é meramente declaratória da situação de responsabilidade do artigo 135, quer dizer, a situação de fraude à lei e dissolução já existiria antes da decisão judicial, sendo que a elas deve retroagir. Por

¹⁶² STJ, Súmula 435, Primeira Seção, julgado em 14/04/2010, DJ-e 13/05/2010.

¹⁶³ Sempre lembrando da personalidade própria e desvinculada que o direito concede às sociedades, mesmo às unipessoal (a nova Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI), existindo no mundo jurídico de forma independente. A sociedade do tipo limitada, figura utilizada pela maioria absoluta das empresas brasileiras, ainda estabelece a ausência de responsabilidade do sócio, salvo as exceções da lei.

outra linha, defende-se a natureza constitutiva da decisão, gerando efeitos apenas a contar da prolação, da intimação ou mesmo da citação do sócio, a depender do gosto do doutrinador.

Esse embate pode prosseguir com bons argumentos para ambos os lados. A primeira corrente privilegia a proteção do crédito público e pune o sócio por não atuar com retidão desde a inscrição em dívida ativa, ainda que o redirecionamento ocorra anos depois; a segunda, por sua vez, tem a vantagem de estipular um marco temporal razoável, evitando que o sócio possa ser surpreendido pela retroação de uma decisão agressiva ao seu poder de disposição; etc.

No entanto, toda a discussão é inócua se a fraude à execução, mesmo a especialíssima do artigo 185, for relida pela boa-fé objetiva, imputável tanto à Administração, como ao adquirente do bem. Interessa, como já exaustivamente demonstrado na parte anterior deste trabalho, a efetiva publicidade da situação concreta, potencial para a fraude, e a conduta do adquirente em buscar a devida informação posta à disposição.

Seja qual for a linha de pensamento adotada quanto à natureza da decisão de redirecionamento, interessa saber se foi dada ao conhecimento daquele que poderia conduzir-se segundo a boa-fé objetiva: o adquirente.

Deve-se levar em conta que o redirecionamento é situação extraordinária – apensar do seu uso cotidiano em matéria de execução fiscal – e diferente do natural ciclo das demais obrigações. No caso, o sócio não responde com seus bens enquanto não executado, ou seja, inexistente sujeição à execução, que corre apenas quando já em curso o feito. Quer dizer, o redirecionado torna-se parte de uma demanda já em curso, que pretende

a execução de uma certidão de dívida ativa de débito já inscrito. Nem a inscrição em dívida ativa¹⁶⁴, nem a distribuição da execução marcam o início da sua sujeição patrimonial, que depende de decisão judicial incidental no executivo fiscal.

Como exigir do adquirente, que negocia com este sócio, que saiba da vida financeira e da situação fiscal das sociedades das quais este é administrador? Como pretender que o comprador julgue o estado de dissolução societária ou a fraude à lei que, sabidamente, se torna conhecido apenas nos autos da execução?

Aqui é mais uma questão do que se pode legitimamente esperar da conduta de quem negocia com o sócio. Não é razoável pretender que promova verdadeira sindicância de todas suas sociedades, mas que apenas busca informa-se quanto à eventual responsabilização já noticiada.

O elemento fundamental da boa-fé, nesta questão específica, é a disponibilização, pelo Estado, da informação relativa à responsabilidade deste sócio quanto aos débitos da empresa executada. Tal apenas pode correr de duas maneiras: pela inclusão daquele como parte executada nos registros de distribuição e pela sua inclusão como responsável nos registros da dívida ativa.

A primeira hipótese diz respeito à figura da retificação da autuação, providência cartorária e determinada pelo juízo. A segunda demanda um agir da Administração, por impulso de suas procuradorias, quando tomam ciência da decisão de

¹⁶⁴ Cabe lembrar que o STF já declarou a inconstitucionalidade da norma que determinava a solidariedade dos sócios pelos débitos tributários da sociedade junto ao INSS. Ver: STF, RE 562276, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 09/02/2011.

redirecionamento, completando os cadastros da dívida e vedando a expedição de certidões negativas.

A configuração da fraude à execução, para o sócio redirecionado, não tem início efetivo com a inscrição ou a distribuição, nem mesmo com a decisão de redirecionamento ou citação. O importante é constar a informação de registro acessível ao terceiro adquirente, cuja conduta é o alvo da apuração da boa-fé na concreção da hipótese legal de fraude.

Seguindo interpretação nesse sentido, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. EXTENSÃO AOS BENS DO CODEVEDOR NÃO INCLUÍDO NA CDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A presunção de Fraude à Execução Fiscal, na disciplina do art. 185 do CTN, com redação da Lei Complementar 118/2005, diz respeito à alienação de bens do sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública.

2. Não basta a condição de devedor, é preciso que haja inscrição em dívida ativa.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, com base na prova dos autos, afastou a existência de fraude diante das seguintes circunstâncias: a) inscrição em dívida ativa da União: 30.6.1999;

b) data da alienação do bem do sócio (e não da pessoa jurídica devedora): 10.10.2009; c) redirecionamento da Execução Fiscal: 22.8.2011, com citação válida efetuada em 6.10.2011.

4. É irrelevante perquirir se a decisão que autoriza a inclusão do sócio no polo passivo é declaratória ou constitutiva da sua responsabilidade. Se a alienação dos seus bens ocorreu antes da inclusão de seu nome na CDA, não há lugar para aplicação do disposto no art. 185 do CTN.

5. *Recurso Especial não provido.*¹⁶⁵

Ainda que exista decisão judicial e mesmo citação efetiva, caso omita-se o cartório em fazer constar o novo devedor em seus registros de distribuição e a Administração em seu cadastro de dívida, não se pode exigir que o terceiro possa, por qualquer meio, conhecer da pendência da demanda e da situação de insolvência. Ainda que este proceda de forma leal, buscando certidões, obterá resultados negativos que, mesmo decorrentes de erros, revestem sua conduta de uma boa-fé juridicamente tutelável.

A solução da divergência deve pautar-se sempre na apuração da boa-fé da conduta do comprador, segundo um padrão que seja razoável esperar. Aqui fica clara a operatividade da figura como forma de flexibilizar a rigidez da norma, negando-lhe efetiva aplicação quando as circunstâncias do caso – no exemplo, erro de cadastro e expedição equivocada de negativas – colocarem o terceiro, que operou segundo um padrão de conduta leal, em situação insustentável.

¹⁶⁵ STJ, REsp 1409654/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 15/10/2013, DJ-e 06/12/2013. (grifos nossos)

2 ALGUMAS QUESTÕES ABERTAS

Analisadas algumas situações ditas difíceis, pois implicam divergência que, na perspectiva deste trabalho, parecem bem equalizadas pela boa-fé, cabe prosseguir agora para um campo mais sombrio. Nesse capítulo optou-se por – sempre destacando a proposital ausência de categorização rigorosa nesta terceira parte – destacar situações que, confessadamente, se adianta não terem uma solução mais clara ou preponderante.

Pretende-se neste capítulo suscitar as potencialidades da boa-fé objetiva para a evolução – ou involução, dependendo do ponto de vista – da figura da fraude à execução. Na medida em que os contornos do instituto vão ficando mais claros e os padrões de comportamento e as guias de interpretação mais palpáveis, inevitável que fraude à execução sofra uma releitura, um gradual rearranjo na perspectiva de suas finalidades – guiada, por certo, pelo potencial interpretativo oferecido pela boa-fé objetiva.

Assim, suscita-se alguns pontos que possam vir a instaurar dúvida quanto aos limites dessa verdadeira “infiltração” da boa-fé. Em que medida a racionalização da fraude numa perspectiva comportamental coletivizada pode impor e extinguir deveres e “torcer” os conceitos processuais?

Novamente o alerta, sem pretender esgotamento ou classificação, duas situações são instigantes ao discurso: a influência da alteração da jurisprudência consolidada

no curso do processo; e o alargamento do momento da fraude com base na lógica do Protestos de Títulos.

2.1 Boa-fé Objetiva como Proteção: a alteração de jurisprudência consolidada no curso da demanda e sua repercussão na boa-fé do adquirente

Não se questiona, como já se discutiu a respeito, que a pendência de demanda, mesmo de conhecimento, é suficiente para atender à hipótese de incidência da fraude. No entanto, até que ponto não se pode perquirir quanto ao conteúdo desta demanda, aos fundamentos lá lançados e à probabilidade de derrota do autor frente ao réu?

Quer-se colocar em discussão até que ponto a mera propositura temerária de uma demanda de conhecimento qualquer pode colocar o adquirente numa posição de má-fé frente ao Direto. No entanto, a celeuma ganha corpo quando a pretensão apresentada na demanda, apesar de ter sido sistematicamente rejeitada pelos Tribunais, ressurge como vitoriosa em uma reviravolta jurisprudencial, não muito incomum nas Cortes Superiores.

Caberia verificar se estaria de boa-fé – teria desrespeitado aos ditames da lealdade e honestidade – aquele adquirente que, tomando conhecimento de uma demanda, não deixa de firmar o negócio, pois verificou a impropriedade da tese com base em jurisprudência pacífica. Após anos de reviravoltas – inclusive com mudança de assentos nas Cortes – a matéria ganha nova vida e produz uma condenação capaz de atingir aquela aquisição passada, tão diligentemente avaliada com a jurisprudência da época.

A clareza vem dos exemplos concretos, sendo que na seara tributária é fértil. Não são raras as situações que execuções fiscais de créditos sabidamente indevidos ou inconstitucionais ressurgem por uma nova jurisprudência, com uma ruptura abrupta, sem avisos. Fala-se exatamente do que se sucedeu com as contribuições das empresas urbanas ao INCRA, caso conhecido e muito discutido.

Por anos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o caráter previdenciário da referida verba, decidindo por sua revogação tácita a contar da Lei 7.787/89. São exemplos os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA AO INCRA. EXTINÇÃO A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 7.787/89 (ERESP Nº 503287/PR). PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento ante a posição firmada pelo acórdão a quo encontrar-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte.

2. Por ocasião do julgamento do EREsp nº 503287/PR, da relatoria do eminente Ministro João Otávio de Noronha, em 10/08/2005, no qual a Primeira Seção decidiu que a exação discutida foi extinta com o advento da Lei nº 7.787/89 e não pela Lei nº 8.212/91. A adoção deste posicionamento, visando amoldar-se à nova diretriz jurisprudencial desta Casa Julgadora, esbarra no princípio do "non reformatio in pejus".

3. Agravo regimental não-provido.¹⁶⁶

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA. EXTINÇÃO PELA LEI 7.787/89. COMPENSAÇÃO. LIMITES PERCENTUAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS.

1. A análise da legislação específica leva à conclusão de que o adicional de 0,2% sobre a folha de salários, destinado ao INCRA, foi suprimido pela Lei 7.787/89.

2. Deve ser autorizada, portanto, a compensação dos valores recolhidos após o advento da Lei 7.787/89 com parcelas referentes à contribuição social incidente sobre a folha de salários.

3. Atendendo-se à regra de que "a lei aplicável, em matéria de compensação, é aquela vigente na data do encontro entre os

¹⁶⁶ STJ, AgRg no Ag 681.293/SC, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, julgado em 13/12/2005, DJ 13/03/2006, p. 203.

créditos e débitos" e considerando que, na hipótese, "a sentença é proferida com efeitos a partir da propositura da ação" (ERESP 164.522/SP, 1ª Seção, Min. Ari Pargendler, DJ de 14.02.2000), que ocorreu em 30.08.1999, devem ser observados os limites percentuais estabelecidos pela Lei 9.129/95, podendo ser compensados os créditos com débitos vincendos e com os vencidos a partir do ajuizamento da demanda.

4. Quanto aos juros, nas hipóteses de restituição ou compensação de tributos, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, § único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

5. Recurso especial da autora parcialmente provido.¹⁶⁷

Inúmeras empresas buscaram a repetição da citada verba junto ao Poder Judiciário. Paralelamente, a matéria foi apresentada como defesa em processos de execução fiscal, sustentando a impropriedade da inscrição e do ajuizamento.

Naquela época, não era razoável esperar qualquer grande mudança de entendimento. A questão estava decidida, qualquer execução fiscal proposta para a cobrança da contribuição ao INCRA seria tachada de temerária ou abusiva. Assim, como pretender que o terceiro adquirente deixasse de fazer negócio com o executado, que sofria uma indevida cobrança do Fisco?

¹⁶⁷ STJ, REsp 573.703/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 04/05/2004, DJ 24/05/2004, p. 191.

Posteriormente, firmados os negócios, celebradas as alienações, o mundo jurídico é surpreendido pela mudança de posicionamento, que assim restou ementada:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA. ADICIONAL DE 0,2%. NÃO EXTINÇÃO PELAS LEIS 7.787/89, 8.212/91 E 8.213/91. LEGITIMIDADE.

1. A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada “vontade constitucional”, cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição.

2. Sob esse ângulo, assume relevo a colocação topográfica da matéria constitucional no afã de aferir a que vetor principiológico pertence, para que, observando o princípio maior, a partir dele, transitar pelos princípios específicos, até o alcance da norma infraconstitucional.

3. A Política Agrária encarta-se na Ordem Econômica (art. 184 da CF/1988) por isso que a exação que lhe custeia tem inequívoca natureza de Contribuição de Intervenção Estatal no Domínio Econômico, coexistente com a Ordem Social, onde se insere a Seguridade Social custeada pela contribuição que lhe ostenta o mesmo nomen juris.

4. A hermenêutica, que fornece os critérios ora eleitos, revela que a contribuição para o Incra e a Contribuição para a Seguridade Social são amazonicamente distintas, e a fortiori, infungíveis para fins de compensação tributária.

5. A natureza tributária das contribuições sobre as quais gravita o thema iudicandum, impõe ao aplicador da lei a obediência aos cânones constitucionais e complementares atinentes ao sistema tributário.

6. O princípio da legalidade, aplicável in casu, indica que não há tributo sem lei que o institua, bem como não há exclusão tributária sem obediência à legalidade (art. 150, I da CF/1988 c.c art. 97 do CTN).

7. A evolução histórica legislativa das contribuições rurais denota que o Funrural (Prorural) fez as vezes da seguridade do homem do campo até o advento da Carta neo-liberal de 1988, por isso que, inaugurada a solidariedade genérica entre os mais diversos segmentos da atividade econômica e social, aquela exação restou extinta pela Lei 7.787/89.

8. Diversamente, sob o pálio da interpretação histórica, restou hígida a contribuição para o Incra cujo desígnio em nada se equipara à contribuição securitária social.

9. Consequentemente, resta inequívoca dessa evolução, constante do teor do voto, que: (a) a Lei 7.787/89 só suprimiu a parcela de custeio do Prorural; (b) a Previdência Rural só foi extinta pela Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, com a unificação dos regimes de

previdência; (c) entretanto, a parcela de 0,2% (zero vírgula dois por cento) – destinada ao Incra – não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91, como vinha sendo proclamado pela jurisprudência desta Corte.

10. Sob essa ótica, à míngua de revogação expressa e inconciliável a adoção da revogação tácita por incompatibilidade, porquanto distintas as razões que ditaram as exações sub judice, ressoa inequívoca a conclusão de que resta hígida a contribuição para o Incra.

11. Interpretação que se coaduna não só com a literalidade e a história da exação, como também converge para a aplicação axiológica do Direito no caso concreto, viabilizando as promessas constitucionais pétreas e que distinguem o ideário da nossa nação, qual o de constituir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades regionais.

12. Recursos especiais do Incra e do INSS providos.¹⁶⁸

Mesmo que à época do negócio jurídico existisse uma única cobrança de contribuição ao INCRA – supostamente indevida naquelas circunstâncias – estava agora o adquirente sujeito à perda de seu bem. Mesmo que na época tivesse avaliado, com muita propriedade, como temerária a demanda do Fisco, restou surpreendido pela nova jurisprudência.

A situação parece traduzir a quebra da boa-fé pelo Estado, aqui na figura do Poder Judiciário, que produziu falsas expectativas normativas quanto à viabilidade jurídica daquele crédito em execução. Como referiu a Professora Misabel Derzi, ao tratar da questão sob o ponto de vista da exigência tributária, não quanto à fraude:

“Afim, os princípios da irretroatividade das modificações jurisprudenciais, a proteção da confiança e a boa-fé objetiva são dedutíveis diretamente da Constituição da República. São inerentes às expectativas normativas, formadas pelas decisões uniformizadoras dos tribunais superiores, que se tornam vinculantes para os tribunais inferiores. A jurisprudência consolidada é norma jurídica, abstrata e genérica, por isso os

¹⁶⁸ STJ, REsp 977.058/RS, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22/10/2008, DJ-e 10/11/2008.

*tribunais superiores têm o dever de modular os efeitos das modificações que introduzem de modo surpreendente.”*¹⁶⁹

Portanto, aqui se mantém aberta a questão. Pode o recurso à boa-fé objetiva evitar a aplicação da hipótese legal de fraude, considerando que à época do negócio as circunstâncias jurídicas envolvidas – lei e jurisprudência – apontavam para a solvência do devedor ou mesmo para a ilegalidade do seu débito? Privilegiando uma visão protetiva à conduta leal e honesta do indivíduo, parece ser essa a resposta da boa-fé, sempre presente que a solução dependerá do caso concreto e das reais circunstâncias da época do negócio.

2.2 Boa-fé Objetiva e Efetividade Máxima: consideração do protesto de título como marco para a fraude à execução

É certo que a hipótese geral de fraude à execução, como prevista legalmente na sua espécie comum de proteção dos créditos (artigo 593, inciso II, ou inciso IV do artigo 792 do Novo Código), exige sempre a pendência da lide para sua configuração. É fundamentalmente a preexistência da demanda – capaz de levar à insolvência – que fixa o marco de separação entre este instituto processual e a norma de direito material da fraude contra credores.

Realizada a alienação após da propositura da ação – bastando a distribuição e a sua correta publicização como já analisado – a fraude ocorre no mundo processual, vincula Estado-juiz e adquirente, em uma obrigação de Direito Público,

¹⁶⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificação da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 562.

dispensando qualquer rito de conhecimento específico para provocar a sujeição da coisa ao executivo em curso ou decorrente da demanda pendente. Contudo, feita antes do ajuizamento, resta ao credor apenas a via tortuosa da fraude contra credores, com todos os ônus que lhe são próprios.

No entanto, como já amplamente explicitado, o legislador, na tentativa de dar maior efetividade à norma em relação ao crédito tributários, previu, no artigo 185 do Código Tributário Nacional, marco temporal diferenciado. A configuração da fraude à execução passou a ser possível tão logo realizada a inscrição em dívida ativa, pois já neste momento haveria ampla publicidade da existência do débito.

Essa lógica de consideração da fraude por conta da publicidade do débito fundamenta a alteração, exigindo do adquirente a postura proativa de busca da informação, ou seja, é adequada aos ditames da boa-fé que se pretende aqui defender. Não haveria sentido em considerar fraude apenas após o ajuizamento – boa parte da jurisprudência exigia ainda a citação – quando a previsibilidade de sua ocorrência decorria da mera inscrição. Quer dizer, a dívida ativa passava mais como alerta ao devedor para que ocultasse bens, que como informação pública do possível estado de insolvência.

Havendo publicidade razoável, pretendendo o adquirente pautar sua conduta comercial de forma leal, é legitimamente esperado que faça a pesquisa nos registros da dívida ativa. A alteração do artigo 185 apenas positivou essa interpretação, esse verdadeiro dever acessório que poderia decorrer da boa-fé.

Contudo, assim não se passa com os créditos privados. Não existe a possibilidade de “antecipação” desse marco, dependendo sempre do ajuizamento do feito. Razoável a limitação, pelo fato de não gozarem os particulares do instrumento da inscrição, o que inviabilizaria qualquer medida nesse sentido. Contudo, uma análise mais profunda dos institutos jurídicos parece apontar para alguma alternativa próxima.

Como alertado, sem pretender dar resposta final e defender a hipótese além de toda a crítica, é possível pensar na antecipação do marco da fraude à execução – por imperativo da boa-fé objetiva – para o momento do protesto de títulos e outros documentos de dívida. Este instrumental, posto à disposição do particular, tem uma funcionalidade congênere, em muitos aspectos, com a inscrição em dívida ativa, especialmente sua publicidade.

Assim como é dever – embora hoje decorrente da norma positivada do artigo 185 – a consulta à dívida ativa, pode-se também enxergar a obrigação de consulta aos Tabelionatos de Protesto para a efetivação do negócio jurídico. Nessa segunda hipótese, a exigência decorreria da própria boa-fé objetiva, da exigência de um comportamento diligente do adquirente na pesquisa da situação jurídica do alienante, sendo que a estrutura jurídica do protesto parece corresponder de forma ótima ao caso, merecendo uma rápida análise.

2.2.1 Origem, definição conceitual e natureza jurídica do Protesto de Título e Outros Documentos de Dívida

A definição atual de qualquer instituto jurídico passa, necessariamente, pela análise da significação linguística do seu nome, pois a definição etimológica carrega consigo a carga histórica de criação e evolução do instituto. “Protesto” tem origem na palavra latina *protestor, aris, atus, ari*, que significa “testemunhar em público”, anunciar.

Protestar *lato sensu* é afirmar de forma pública, revestida de solenidades, determinado fato, buscando fixar, para fins de prova, o seu conteúdo e sua ocorrência em dado momento. É mecanismo jurídico criado para burlar os efeitos do tempo sobre a memória dos fatos, fazendo com que determinado ato jurídico praticado se “solidifique” no instrumento do protesto, tornando-o tangível e permitindo sua prova futura.

O protesto de títulos tem sua origem vinculada à evolução do Direito Cambiário. A Letra de Câmbio surge na primeira fase de desenvolvimento dos Títulos de Crédito, no chamado “Período Italiano”. O florescente comércio mediterrâneo demandava do Direito a criação de soluções jurídicas mais ajustadas ao dinamismo das relações comerciais, agora em processo de internacionalização.

As várias praças de comércio na Itália podiam emitir moeda própria, dificultando o pagamento de obrigações pelo comerciante em cidades diversas da sua sede de atuação. Não bastasse, o comerciante ainda devia correr os riscos do transporte dos valores de uma praça para outra, onde seria feito o pagamento.

Em resposta, surge a operação de *câmbio trajectício*, por meio da qual um banqueiro assume a responsabilidade perante o comerciante de entregar determinada quantia que lhe é confiada em cidade diversa daquela em que recebera. Assim, podia o

comerciante depositar em sua cidade o valor de certa obrigação, esperando receber a mesma quantia no foro do pagamento e na moeda local. Com isso, o comerciante transferia os riscos do transporte para o banqueiro, cuja remuneração correspondia a determinado percentual da operação.

Como forma de instrumentar o contrato de câmbio, o banqueiro emitia documento chamado *cautio*, que comprova o depósito e a obrigação de devolver a quantia, e outro chamado *littera cambii*. Este último não passava de uma carta enviada ao correspondente do banqueiro na praça do pagamento, ordenando a entrega da quantia, devidamente convertida em moeda local, ao comerciante ou alguém por ele indicado.

Com a evolução do instituto, a letra de câmbio passou não mais a comprovar determinado contrato de câmbio, tornando-se substrato de direito autônomo e desvinculado os motivos que levaram a sua emissão. A letra passou a ser ordem de pagamento ao tomador emitida pelo sacador contra o sacado, tornando-se instrumento de circulação do crédito.

No entanto, as finalidades e as facilidades trazidas pela letra de cambio dependiam do aceite e do efetivo pagamento da cártula pelo sacado. A recusa do pagamento frustra o instituto, demandando do Direito alternativa que ofereça uma resposta célere ao litígio instaurado.

O protesto surge deste conflito, do litígio entre as partes envolvidas na obrigação cambiária. De início, o protesto servia apenas para fixar a taxa de câmbio na data

do inadimplemento, passando com o tempo a meio de prova da falta de aceite e, posteriormente, falta de pagamento.

Assim, resta esclarecida a íntima ligação do protesto com a ideia de litígio ou lide, firmando-se como instrumento posto ao lado do credor para reclamar seu crédito, demandar o cumprimento da obrigação e tornar público e notório o não aceite ou o inadimplemento. A um só tempo, soluciona-se a questão da prova do fato (o protesto prova o inadimplemento) e torna público o ilícito (o protesto dá a todos o conhecimento do ilícito obrigacional praticado).

Essa concepção fica clara na definição legal dada ao protesto pelo artigo 1º da Lei 9.492/97:

Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Importante a definição de Vicente de Abreu Amadei:

“Protesto é, portanto, ato que ‘prova’ ou comprobatório, que tem o escopo de servir de prova, de documentar, de anunciar, de asseverar; em outras palavras, tem fim probatório ou testificante. Mas, note-se bem como prova: o protesto prova com ‘segurança jurídica’, ou seja, de forma precisa, certa, isenta de dúvidas, digna de fé, autêntica, solene, formal, oficial, notarial com a marca da fé pública.”¹⁷⁰

¹⁷⁰ AMADEI, Vicente de Abreu. **Princípios de Protestos de Títulos**. In: DIP, Ricardo (Org.). Introdução ao Direito Notarial e Registral. Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004, p. 76.

O protesto de títulos é, portanto, ato jurídico extrajudicial de natureza pública e solene, praticado por oficial público (tabelião de protestos). O Brasil não fez uso da reserva do artigo 8º do Anexo II da Lei Uniforme de Genebra, que facultava às altas partes contratantes a substituição do protesto formal por declaração escrita, datada e assinada pelo sacado na letra, nos seguintes termos:

Art. 8º. Qualquer das Altas Partes Contratantes tem a faculdade de determinar que os protestos a fazer no seu território possam ser substituídos por uma declaração datada, escrita na própria letra e assinada pelo sacado, exceto no caso de o sacador exigir no texto da letra que se faça um protesto com as formalidades devidas. Qualquer das Altas Partes Contratantes tem igualmente a faculdade de determinar que a dita declaração seja transcrita num registro público no prazo fixado para os protestos. No caso previsto nas alíneas precedentes o endosso sem data presume se ter sido feito anteriormente ao protesto.

A forma pública é a regra geral no sistema brasileiro, exigindo a intervenção do agente público. A exceção fica por conta do disposto no artigo 47, caput e §1º, da Lei 7.357/85:

Art. 47. Pode o portador promover a execução do cheque:
I - contra o emitente e seu avalista;
II - contra os endossantes e seus avalistas, se o cheque apresentado em tempo hábil e a recusa de pagamento é comprovada pelo protesto ou por declaração do sacado, escrita e datada sobre o cheque, com indicação do dia de apresentação, ou, ainda, por declaração escrita e datada por câmara de compensação.
§ 1º Qualquer das declarações previstas neste artigo dispensa o protesto e produz os efeitos deste.

Apenas quanto ao cheque permite a lei que o sacado, necessariamente uma instituição financeira, ou a câmara de compensação declarem a recusa do pagamento,

suprindo, assim, a formalidade do protesto. A lei não veda o protesto, apenas dispensa a formalidade para que produza seus efeitos.

De toda forma, a natureza do protesto como ato público é inconteste, sendo atribuído ao Tabelião de Protesto de Títulos a competência para a lavratura e registro do instrumento de protesto, presidindo as fases do procedimento legalmente imposto para a conclusão do ato. Ressalte-se, assim como o registro de dívida ativa é espécie de registro público, a qual pode ser dado amplo conhecimento, o registro de protesto, apensar de conter créditos de natureza privada, é público e passível de ampla publicidade.

2.2.2 Dos títulos e documentos protestáveis

A Lei 9.492/97, inovando no ordenamento jurídico, ampliou o rol de títulos protestáveis:

Art. 3º Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei.

O protesto, antes limitado aos títulos cambiais e cambiariformes, passou a ser instrumento de prova do inadimplemento de obrigações estampadas em “*outros*

documentos de dívida”. A nova amplitude da norma impôs ao intérprete ônus maior quando da sua subsunção ao caso concreto.

Assim, instalou-se na doutrina a discussão sobre os limites da expressão legal, buscando definir de forma mais clara quais “documentos” estariam incluídos na ideia original do legislador. No entanto, formalmente já existem exemplos de regulamentação no âmbito administrativo pelas Corregedorias dos Tribunais de Justiça Estadual¹⁷¹.

No Estado de São Paulo, a Lei Estadual n.º 11.331/2002 nas Notas Explicativas da Tabela IV anexa, dispõe:

8. Compreendem-se como títulos e outros documentos de dívidas, sujeitos a protesto comum ou falimentar, os títulos de crédito, como tal definidos em lei, e os documentos considerados como títulos executivos judiciais ou extrajudiciais pela legislação processual, inclusive as certidões da dívida ativa inscritas de interesse da União, dos Estados e dos Municípios, em relação aos quais a apresentação a protesto independe de prévio depósito dos emolumentos, custas, contribuições e de qualquer outra despesa, cujos valores serão pagos pelos respectivos interessados no ato elivo do protesto ou, quando protestado o título ou documento, no ato do pedido do cancelamento de seu registro, observados os valores dos emolumentos e das despesas vigentes na data da protocolização do título ou documento, nos casos de aceite, devolução, pagamento ou desistência do protesto ou, da data do cancelamento do protesto, observando-se nesse caso no cálculo, a faixa de referência do título ou documento na data de sua protocolização.

¹⁷¹ A correção dos serviços extrajudiciais e a regulamentação de sua atividade competem aos Tribunais Estaduais nos termos do Regimento Interno, como determina o §1º do artigo 236 da Constituição:
Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

A norma estadual prevê, além dos títulos propriamente ditos (títulos de crédito e cambiariformes definidos em lei), o protesto de qualquer outro título executivo, judicial ou extrajudicial, ainda que não regidos pela Lei Cambiária. O critério eleito pelo legislador paulista é, portanto, processual, cabendo à norma instrumental (adjetiva) estabelecer o rol dos títulos protestáveis.

Apesar da divergência envolvendo o tema, a opção paulista parece ser a mais adequada à estrutura jurídica construída pela lei para viabilizar o protesto. O tabelião, apesar de ser agente público e gozar de fé pública, não exercer função jurisdicional, sua atuação é adstrita ao controle do preenchimento dos requisitos legais do protesto e a condução da sua lavratura.

Em outras palavras, o tabelião de protestos não pode decidir sobre o litígio envolvendo as partes, não atuando como juiz, apenas como terceiro interveniente para a celebração do ato solene. A delegação não concede ao oficial – e nem poderia sob pena de inconstitucionalidade¹⁷² – jurisdição (prerrogativa de dizer o Direito), sendo que sua atividade está vinculada à Lei.

É o que se pode interpretar do disposto no artigo 9º, caput, da Lei 9.492/97:

Art. 9º Todos os títulos e documentos de dívida protocolizados serão examinados em seus caracteres formais e terão curso se não apresentarem vícios, não cabendo ao Tabelião de Protesto investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade.

¹⁷² A Constituição Federal prevê em seu artigo 92, de forma taxativa, quais são os órgãos do Poder Judiciário, sendo que apenas a eles delega o exercício da função jurisdicional.

Por não ser órgão jurisdicional, não lhe cabe decidir questões de Direito Material, como prescrição e decadência. A sua atuação fica limitada à análise pura e simples dos requisitos formais do título, conforme parágrafo único do referido artigo:

Parágrafo único. Qualquer irregularidade formal observada pelo Tabelião obstará o registro do protesto.

Assim, resta fundamentada a posição paulista sobre a questão dos títulos protestáveis. Se ao tabelião não foram concedidos poderes para decidir sobre o Direito Material, sobre o litígio entre as partes e tudo mais que for periférico ao título (prescrição, decadência, nulidades, anulabilidades, etc.), não cabe a ele tirar o protesto de documento que a lei não tenha dotado de executividade.

O credor que seja portador de prova material, que não corresponda a um título executivo, não pode constranger o devedor ao pagamento antes de uma decisão judicial que o condene, fazendo surgir a pretensão executório. Portanto, como poderia o tabelião protestar um documento cuja execução dependeria de prévia decisão judicial, resultante do contraditório e da ampla instrução probatória?

A apresentação, p. ex., de nota promissória, preenchidas com todas as formalidades da lei, viabiliza a propositura de ação de execução, sendo que o magistrado, ao receber a inicial, se limitará ao preenchimento das formalidades do título, mandado expedir, de pronto, mandado executivo. Não já prévio juízo sobre a validade do título do ponto de vista do Direito Material, as questões serão objeto de debate em ação apenas de embargos, pois o título formalmente válido faz presumir a liquidez e exigibilidade da obrigação, com

exceção apenas à questão da prescrição ou decadência que for aferível de imediato¹⁷³, ou seja, independentemente de instrução probatória.

“O título executivo é condição bastante para que o exequente inicie a execução. Exibindo-o, pode o suposto credor acessar a via executiva, independentemente de qualquer indagação sobre a existência ou não do crédito demandado. Justifica-se aí o fato de que, no processo de execução, não há espaço próprio para o devedor defender-se, alegando a inexistência do crédito. É também em razão da posse do título que o credor tem o poder de intrometer-se no patrimônio do executado, expropriando seus bens, ainda quando possa haver discussão (por outra ação, sejam embargos à execução, seja outra ação qualquer) sobre a existência do crédito exigido.”¹⁷⁴

Por tal razão, viável o protesto por oficial público que não exerce a jurisdição. Como a lei já concede executividade ao título, sua atuação será de simples conferência da forma, sem adentrar no mérito da obrigação¹⁷⁵. A força executiva do título dispensa o juízo prévio de conhecimento e, portanto, permite a coerção extrajudicial por meio do protesto público.

Por outro lado, caso o credor, para comprovar seu crédito, possua apenas, por exemplo, um recibo simples ou um título com falhas formais, a satisfação de sua pretensão dependerá, necessariamente, da condenação do devedor, ou seja, do reconhecimento, por decisão judicial, do dever de pagamento, após cumpridas as

¹⁷³ Aqui se faz referências às situações, p. ex., em que o título, pelo simples cotejo de datas de emissão e propositura da execução, estaria prescrito. No entanto, ainda assim, deve o magistrado, em respeito ao contraditório, permitir ao exequente que prove a existência de causas interruptivas da prescrição como o protesto.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. v. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 436.

¹⁷⁵ Ainda que ao magistrado seja possível, com os elementos da petição inicial, reconhecer de plano a prescrição ou decadência, ao tabelião não é permitida tal hipótese, pois implicaria verdadeiro juízo de provas.

formalidades do processo de conhecimento. Será indispensável a prévia formação de um título executivo judicial, que, posteriormente, poderá ser objeto de cumprimento/execução.

Nessa hipótese, cuja própria existência da obrigação depende de pronunciamento judicial, pois a lei não concede ao documento força executiva, não cabe ao tabelião dar curso à pretensão do credor. O direito de crédito ainda é “coisa duvidosa”, não cabendo ao oficial público protestar aquilo que ainda não é certo, apesar de “aparentemente”¹⁷⁶ provado por documento. Dessa forma, são títulos protestáveis aqueles que a lei dá força executiva.

2.2.3 Da forma do protesto

O protesto de título segue uma rígida ritualística processual imposta pela Lei 9.492/97. Em linhas gerais, para dar impulso ao procedimento, o interessado deve apresentar ao Tabelionato de Protesto ou ao serviço de distribuição¹⁷⁷ o título ou documento de dívida que pretende seja protestado¹⁷⁸. No prazo de vinte e quatro horas, deve os documentos apresentados ser protocolizados (artigo 5º da Lei 9.492/97).

¹⁷⁶ Diz-se “aparentemente”, pois o mérito da prova da obrigação por documento que não é título executivo é de apreciação exclusiva do Poder Judiciário, não podendo o tabelião adentrar no tema.

¹⁷⁷ Lei 9.492/97: Art. 7º Os títulos e documentos de dívida destinados a protesto somente estarão sujeitos a prévia distribuição obrigatória nas localidades onde houver mais de um Tabelionato de Protesto de Títulos. Parágrafo único. Onde houver mais de um Tabelionato de Protesto de Títulos, a distribuição será feita por um Serviço instalado e mantido pelos próprios Tabelionatos, salvo se já existir Ofício Distribuidor organizado antes da promulgação desta Lei.

¹⁷⁸ É possível a receitação de Duplicatas Mercantis e de Serviço por meio magnético na forma do parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.492/97.

Em seguida, ao Tabelião e seus prepostos cabe a qualificação do título. Deve o oficial público averiguar se o documento apresentado atende a todos os requisitos formais da lei, como a presença de assinatura ou endosso, as expressões indispensáveis (nota promissória, letra de câmbio, etc.), a intervenção de testemunhas quando exigível, etc.

Na qualificação, não se deve averiguar a ocorrência de prescrição ou decadência, muito menos qualquer fato extintivo, impeditivo ou modificativo do Direito que não conste do próprio título ou documento. Como já referido, a atribuição de qualificação não é jurisdicional, mas administrativa, dotando o ato de fé pública, autenticidade, publicidade e segurança jurídica, sem, contudo, fazer coisa julgada (sem “dizer o Direito”).

Não havendo recusa na fase de qualificação, estando apto o título, cabe ao tabelião providenciar a intimação do devedor para pagamento. A intimação será expedida para o endereço do devedor fornecido pelo apresentante, sendo que este responde penal e civilmente pela incorreção das informações. Havendo a entrega no endereço indicado, considerar-se-á cumprida a intimação, não exigindo a lei que seja recebido o aviso pelo próprio devedor (artigo 14 da Lei 9.492/97).

O caput do artigo 15 da Lei 9.492/97 estabelece as hipóteses em que é permitido o uso do edital como forma de intimação:

Art. 15. A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante.

Importa referir que as situações indicadas pela lei não se confundem com aquelas que autorizam, no processo judicial, a utilização do edital para citações ou intimações. O simples fato de o devedor possuir domicílio pertencente a outra circunscrição de protestos já permite o uso do edital.

Dessa estrutura normativa, pode-se extrair a conclusão de que o protesto é realizado no interesse do credor, pois a lei autoriza que o próprio apresentante informe o endereço do devedor e que a intimação se complete com a simples entrega do local indicado. Diferente da contenda judicial, que para ter seguimento exige a efetiva prova da citação, como garantia do contraditório, no protesto preferiu o legislador prestigiar as informações prestadas pelo credor, criando instrumento célere que permita àquele que não teve seu direito atendido pelo devedor uma forma eficiente de provar o inadimplemento e instigar ao pagamento.

Outra não poderia ser a postura da lei, pois é o credor que sofre os efeitos do inadimplemento (crise de direito material), sendo do seu interesse a rápida e regular intimação do devedor para pagamento. Exigir um nível de certeza e segurança como o da citação judicial, além de submeter o credor às mesmas dificuldades do processo de execução, acabaria por prestigiar o devedor inadimplente.

Opta o legislador, como forma de proteção do crédito, em privilegiar a declaração do credor (o endereço por ele indicado), visando facilitar e agilizar o ato de protesto, mesmo que reduza a certeza de uma efetiva intimação do devedor. Caso haja abuso por parte do apresentante, o prejudicado poderá recorrer ao Poder Judiciário visando à sustação do protesto.

Portanto, o instituto do protesto e suas regras não podem ser interpretados sob a ótica de proteção do devedor. A norma foi construída com o objetivo de proteger o lesado pelo inadimplemento, flexibilizando normas do Direito Processual para imprimir a necessária celeridade ao protesto e atender aos anseios do mercado de crédito.

Cumprida a formalidade da intimação, seja pela entrega do aviso no endereço indicado, seja por edital, e ausente pagamento, desistência do credor ou ordem de sustação, deverá o tabelião lavrar o instrumento de protesto e registrá-lo em livro próprio.

Trata-se de função mista, com características notariais e registrais. Age o tabelião como notário ao lavrar o instrumento do protesto¹⁷⁹ e como oficial registrador ao efetuar o assento em livro próprio. Em um ato unitário, o delegatário dá existência a documento público (lavratura do instrumento do protesto) e o publiciza pelo registro no livro da serventia.

A Lei 9.492/97, em seu artigo 12¹⁸⁰, prevê o prazo de 3 (três) dias úteis, contados da protocolização para que se efetive o protesto, excepcionando a lei apenas os

¹⁷⁹ Lei 9.492/97: Art. 22. O registro do protesto e seu instrumento deverão conter:

I - data e número de protocolização;

II - nome do apresentante e endereço;

III - reprodução ou transcrição do documento ou das indicações feitas pelo apresentante e declarações nele inseridas;

IV - certidão das intimações feitas e das respostas eventualmente oferecidas;

V - indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas;

VI - a aquiescência do portador ao aceite por honra;

VII - nome, número do documento de identificação do devedor e endereço;

VIII - data e assinatura do Tabelião de Protesto, de seus substitutos ou de Escrevente autorizado.

Parágrafo único. Quando o Tabelião de Protesto conservar em seus arquivos gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento de dívida, dispensa-se, no registro e no instrumento, a sua transcrição literal, bem como das demais declarações nele inseridas.

¹⁸⁰ Art. 12. O protesto será registrado dentro de três dias úteis contados da protocolização do título ou documento de dívida.

casos de força maior na forma do artigo 13¹⁸¹. Portanto, resta claro que a lei busca dar ao protesto celeridade máxima, evitando que a situação de inadimplemento perdure no tempo.

Apenas em casos de força maior, aí incluídas as situações em que o devedor não é encontrado ou recusa o recebimento do aviso, obrigando à expedição de edital, pode o tabelião deixar de registrar o ato no triênio legal. Nesses casos, o protesto poderá ser tirado no dia útil subsequente à realização da intimação.

Realizado o protesto, passam a incidir sobre o devedor todos os efeitos decorrentes. Ademais, qualquer interessado, independente de justificativa pode obter certidão comprobatória, dando ao ato publicidade plena e irrestrita, fato que muito interessa na compatibilização do instituto com as perspectivas da boa-fé.

A formalidade imposta ao ato público de protesto garante a existência dos requisitos formais de um título executivo, fixa o valor da dívida e a data do inadimplemento, tornando a informação pública e disponível. A Administração, por meio de seu delegatário, da forma pública ao débito e permite que todos possam tomar conhecimento do fato desabonador da situação jurídica do devedor.

Cabe, ainda nesta rápida investigação do protesto, apontar seus efeitos diretos sobre o devedor. As irradiações jurídicas acabam por viabilizar uma interpretação que veja no protesto o fundamento para uma antecipação da fraude à execução.

§ 1º Na contagem do prazo a que se refere o caput exclui-se o dia da protocolização e inclui-se o do vencimento.
§ 2º Considera-se não útil o dia em que não houver expediente bancário para o público ou aquele em que este não obedecer ao horário normal.

¹⁸¹ Art. 13. Quando a intimação for efetivada excepcionalmente no último dia do prazo ou além dele, por motivo de força maior, o protesto será tirado no primeiro dia útil subsequente.

2.2.4 Dos efeitos do protesto por falta de pagamento sobre o devedor

A função primordial do protesto é a prova do inadimplemento, garantindo, com segurança e fé pública, ter ocorrido a recusa do pagamento pelo devedor, apesar de formalmente intimado. No entanto, outros efeitos jurídicos atingem a esfera do devedor com o registro do protesto.

O artigo 397 do Código Civil define, como regra geral, o termo inicial da mora pelo inadimplemento das obrigações:

*Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.
Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.*

O devedor estará em mora pelo simples inadimplemento quando previsto termo (vencimento) para a obrigação. O protesto, para estes casos, não é termo inicial da mora, que decorre do simples não pagamento. Por outro lado, caso ausente definição específica, a mora existirá apenas com interpelação judicial ou extrajudicial, sendo que o protesto se enquadra na última hipótese.

Assim, ainda que possa ser meio de constituição em mora do devedor, o protesto, em grande parte das obrigações, não assume tal função. A mora decorre automaticamente pelo não pagamento no termo, independente da solenidade.

Todavia, o protesto é forma de garantir o direito de regresso do endossatário contra os devedores indiretos que se obrigaram no título, permitindo que o credor se volte contra endossantes e seus avalistas em solidariedade com o devedor principal.

A Lei Uniforme de Genebra é clara:

Art. 53. Depois de expirados os prazos fixados:

*- para a apresentação de uma letra à vista ou a certo termo de vista;
- para se fazer o protesto por falta de aceite ou por falta de pagamento;*

- para a apresentação a pagamento no caso da cláusula "sem despesas".

O portador perdeu os seus direitos de ação contra os endossantes, contra o sacador e contra os outros coobrigados, à exceção do aceitante.

Na falta de apresentação ao aceite no prazo estipulado pelo sacador, o portador perdeu os seus direitos de ação, tanto por falta de pagamento como por falta de aceite, a não ser que dos termos da estipulação se conclua que o sacador apenas teve em vista exonerar-se da garantia do aceite.

Se a estipulação de um prazo para a apresentação constar de um endosso, somente aproveita ao respectivo endossante.

Nesses casos, em que a lei expressamente exige o protesto como requisito para a responsabilização dos devedores indiretos, fala-se em “protesto necessário”, pois não se presta apenas como meio de prova. Na verdade, a sua efetivação é solenidade indispensável para a produção de efeito jurídico sobre os coobrigados (endossante, sacador e seus avalistas), tornando-os juridicamente responsáveis.

O protesto, em relação a devedor sujeito à Lei Falimentar, é requisito para o pedido de falência por impontualidade na forma do inciso I do artigo 94 da Lei 11.101/2005, devendo ser tirado para fins falimentares:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

(...)

§ 3o Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9o desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

Ainda, o magistrado ao declarar a falência, para a fixação do seu termo legal, poderá tomar o primeiro protesto não cancelado como marco para a contagem do prazo retroativo de 90 (noventa) dias:

Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

(...)

II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;

O Código Civil de 2002, em seu artigo 202, inovou ao prever expressamente que o protesto regular é causa de interrupção do prazo prescricional:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

A nova regra afastou o antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal, estampado em sua Súmula 153¹⁸², que não reconhecia ao protesto o efeito elisivo da prescrição. A iniciativa do credor em forçar o pagamento, buscando provar o inadimplemento, passou a afastar a inércia do exercício do direito de crédito e, por consequência, a fluência do prazo prescricional.

Por fim, o protesto produz efeitos para além do mundo jurídico, atingindo o âmbito das ideias e das intenções no mercado, pois leva a inclusão do nome do devedor em cadastros mantidos por Instituição de Proteção do Crédito. O artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor regulou a hipótese:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de

¹⁸² “Simples protesto cambiário não interrompe a prescrição” (STF, Súmula 153, Sessão Plenária de 13/12/1963).

Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Visando facilitar a transmissão das informações constates das serventias de protesto para os cadastros do comércio, criou-se previsão especial do fornecimento de informações diárias por meio de “certidões por relação”, na forma do artigo 29 da Lei 9.492/97, com a redação dada pela Lei 9.841/99:

Art. 29. Os cartórios fornecerão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente.

Portanto, lavrado o protesto, o devedor inadimplente passa a figurar, quase que de forma automática, em cadastros restritivos de crédito. A confiança que demais participantes do mercado pudessem depositar sobre o devedor fica abalada, provocando verdadeira restrição de seu crédito e dos meios de participação no mercado.

Trata-se de efeito não apenas jurídico, mas social, cuja finalidade é dar as transações maior segurança e estabilidade. A publicização do estado de inadimplência faz com que potenciais contratantes deixem de celebrar novos negócios com o devedor ou passem a exigir maiores garantias, pois a garantia fundada na simples promessa de pagamento está abalada.

Assim, estar sob o efeito do protesto é ter pública a sua situação de inadimplência. O terceiro que negocia com o devedor não pode negar o conhecimento da situação, devendo diligenciar na busca das certidões de protestos.

2.2.5 Da boa-fé objetiva, deveres extralegais e o marco da fraude à execução de crédito protestado

Dadas as considerações sobre o instituto de protesto, decorre que tem por finalidade justamente tornar público o não pagamento de um crédito, consubstanciado em título executivo extrajudicial. Ao tempo que dá fé pública ao não pagamento, torna disponível a informação por simples consulta de qualquer interessado. Tem-se a confiabilidade da informação, atestada por agente público, e a sua publicidade por meio de certidões.

Nesse quadro, possível um paralelo com a figura da inscrição em dívida ativa. Ambos são registros públicos; ambos podem ser acessíveis por interessados; e ambos contêm informação atestada por agente público. No entanto, a lei prevê apenas para a primeira o efeito de antecipação da fraude, que posteriormente poderá vir a ser reconhecida na execução.

Assim, numa visão rasa da lei, ainda que o débito esteja regularmente protestado, com o registro público do inadimplemento na comarca do devedor (Tabelionato de Protesto), sendo provável – senão certo – o ajuizamento da respectiva execução, caso alienado o bem, restará ao credor apenas a ação pauliana. Mesmo que tenha dado ciência a

todos do não pagamento, fixado a provável existência de débito baseado em título executivo, enquanto não realizada a formalidade do ajuizamento, não haveria fraude à execução, apenas contra credores.

Aqui a boa-fé objetiva pode sim ser utilizada pelo intérprete para a estipulação do dever extralegal de consulta aos registros de protesto. Se a informação já está disponível, baseada em todo um instrumental jurídico legalmente previsto (o protesto de títulos), razoável que se lhe exija a consulta. Da mesma forma, careceria de utilidade normativa a exigência se, de sua desobediência, não decorresse qualquer ônus ao adquirente faltoso.

Assim, interpretando a relação jurídica de fraude à execução – estabelecida, repita-se, entre o Estado e o adquirente – na perspectiva da boa-fé pode-se vislumbrar, como punição jurídica à não consulta, justamente a antecipação do momento da fraude à execução para a data do protesto do título. Realizado o negócio jurídico, nos autos da execução posteriormente ajuizada, poderia o juiz dar efetividade à proteção legal, reconhecendo a fraude desde o protesto do título.

Se a existência da dívida já era certa e acessível ao conhecimento de todos pelo protesto, bem como representada por título executivo¹⁸³, as exigências da boa-fé objetiva, impondo conduta ao adquirente, autorizaria reconhecer que desde aquele momento – do protesto – já “*corria demanda*” contra o devedor. O litígio de crédito, ou seja, o inadimplemento já era conhecido ou conhecível, o conflito de interesses no mundo jurídico

¹⁸³ Como antes destacado, exige-se para o protesto que o título ou documento tenha forma executiva.

já estava presente, não configurando de forma alguma surpresa ao adquirente se seu bem fosse posteriormente chamado ao pagamento de débito que ele mesmo sabia ou deveria saber existente.

Fere um padrão de lealdade e honestidade fazer pouco caso do crédito alheio, cujo inadimplemento é agora, pelo protesto, público e notório. A antecipação do momento da fraude à execução não seria, portanto, uma arbitrariedade, mas uma extensão dos deveres decorrentes da norma do artigo 593 do Código de Processo Civil – praticamente repetida no novo diploma – justamente para a efetivação das suas finalidades – proteção do crédito.

Contrário aos ditames da boa-fé objetiva seria permitir que, após ser “avisado” do protesto, pudesse o devedor se desfazer de seus bens, em favor de terceiro, enquanto não providenciado o ajuizamento, evitando os efeitos da fraude à execução. Meros requisitos formais (ajuizamento) não devem ser valorados ao ponto de permitir falhas evidentes no instituto, sobe pena de provocar desvios de suas finalidades, cabendo, portanto, o recurso à boa-fé como forma de equalização.

Trata-se, no entanto, de questão ainda aberta, pois impõe sérias alterações na rigidez textual da norma e, por tal razão, está sujeita à inúmeras críticas. De toda forma, a proposta de instigação ao discurso parece estar plenamente atendida.

3 DEFESA DO ADQUIRENTE

Nesse terceiro capítulo de análise da operatividade da boa-fé objetiva na interpretação/aplicação da fraude à execução, necessário abordar de que forma o terceiro adquirente, vendo-se envolvido em uma demanda judicial da qual não fazia parte, pode fazer uso da cláusula de boa-fé para sustentar a legitimidade de sua conduta. Em outras palavras, quando chamado a juízo sob o argumento de ter agido mal, de ter ofendido a dignidade da justiça na efetivação da tutela executiva, como pode defender-se e quais são seus ônus processuais.

Buscando uma divisão metodológica, este momento do trabalho exige a separação do conteúdo em três partes relevantes, que se pode tomar em três questionamentos: Qual a via e o momento processual adequado para o exercício da defesa pelo terceiro adquirente?; Qual o ônus probatório – conteúdo material das possíveis defesas – desse terceiro? Quais situações especiais devem ser consideradas para hipótese especialíssima de fraude prevista no artigo 185 do Código Tributário Nacional?

A pretensão é tratar, como sugere o título desta parte do estudo, da aplicação prática da boa-fé, mas agora do ponto de vista da defesa, do contra-remédio à pretensão do Estado de alcançar bens que não mais pertencem ao devedor.

3.1 Do meio processual adequado: o contraditório postergado pela via dos embargos de terceiro

É da essência do processo de execução a pré-existência do direito, seja de forma definitiva – como na sentença, nos títulos judiciais como regra – , seja por presunção legal de sua existência sem prévio conhecimento judicial – como nos títulos extrajudiciais. O processo executivo é instrumento do Estado para promover a sanção decorrente do descumprimento de uma relação R, prevista como consequente da norma, cujo objeto específico da tutela já líquido, certo e exigível.

Portanto, a estrutura processual da execução não comporta em seu bojo a ideia de defesa do executado. Estando presentes os requisitos da lei, necessários e suficientes para sustentar o processo executivo, o Poder Judiciário promoverá a citação do devedor não para defender-se, mas para dar, fazer, não fazer ou pagar. Não cogitou a lei de uma defesa “visceral” à execução, justamente por presumir o direito como certo e inadimplido.

Por certo, a lei processual, no ponto, não procurou desafiar a máxima do contraditório prevista constitucionalmente¹⁸⁴, apenas construiu um instrumento de efetivação da sanção – que se constitui como a relação jurídica decorrente da norma secundária, como já explanado – vocacionado unicamente para a produção dos atos de força necessários. Quer dizer, direito de defesa a norma não poderia suprimir, mas não necessariamente a Constituição lhe obriga a prever seu exercício processual no interior da execução.

¹⁸⁴ Como refere o inciso V do artigo 5º da Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Dessa forma, considerando que o executivo toma como certo o direito e se destina a sua efetivação pela força, coube prever outro instrumento defensivo próprio, no qual o executado pudesse ter um palco para exercer suas prerrogativas de proteção. Nesse cenário, construiu-se a figura dos embargos à execução, como uma espécie de ação ou incidente¹⁸⁵ externo ao processo executivo, no qual se permitiu o amplo exercício da defesa em um ambiente mais condizente com a pretensão desconstitutiva do direito em cobrança – uma pretensão, portanto, de conhecimento e não de execução.

No entanto, a propositura dos embargos, ou seja, a abertura da via processual de defesa ocorre, necessariamente, após a citação executiva. Quer dizer, tem-se verdadeiro contraditório postergado, não prévio à decisão judicial, mas posterior a ordem de pagamento expedida pelo juízo da execução.

A via protetiva adequada ao devedor é, portanto, posterior à sua vinculação jurídica à execução, à ordem de pagamento e, como regra, à constrição de seus bens. Posterga a norma processual a defesa, justamente para viabilizar uma execução, sob pena de se nada executar, evitando a redução do processo de execução a um novo processo de conhecimento.

Seguindo ao ponto relevante a este estudo, assim como a defesa do executado se dá de forma postergada – como uma exigência lógica para se ter um processo de execução propriamente dito –, a defesa do terceiro adquirente terá lugar fora do processo executivo e posteriormente à ordem judicial.

¹⁸⁵ As discussões e divergências doutrinárias sobre a natureza de ação ou incidente dos embargos à execução não trazem contribuições relevantes a este estudo, permitindo-se evitar o ingresso nesta conturbada discussão.

Nesse quadro, a figura dos embargos de terceiro foi cunhada pelo legislador como forma de viabilizar a defesa daquele que não corresponde a qualquer das partes no processo, mas deve seus bens atingidos pelo processo. A norma processual em vigor (Lei 5.869/73) prevê:

Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, 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 dotais, próprios, reservados ou de sua meação.

Seguindo a mesma lógica, a jurisprudência sempre reconheceu a possibilidade de o adquirente se opor à constrição decorrente do reconhecimento da fraude à execução. O entendimento é atual, como represente o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. RECONHECIMENTO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. IMPUGNAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MEIO HÁBIL: EMBARGOS DE TERCEIRO.

PRECEDENTES.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o terceiro prejudicado deve manejar embargos de terceiro quando sua pretensão demandar ampla dilação probatória, como o caso dos autos, em que se discute a existência ou não de fraude à execução.

Precedentes: RMS 24.487/GO, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 01/12/2010; REsp 1.260.490/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 02/08/2012.

2. Agravo regimental não provido.¹⁸⁶

¹⁸⁶ STJ, AgRg no REsp 1496989/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015.

O novo Código de Processo Civil foi ainda mais específico e detalhado, inclusive estipulando a constrição por fraude à execução como hipótese de cabimento deste incidente:

Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.
§ 1o Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

§ 2o Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:
I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843;
II - o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;
III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;
IV - o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

Portanto, a norma processual coloca à disposição do terceiro, inconformado com a constrição de seu patrimônio em processo alheio, a via dos embargos de terceiro, que se coloca de forma externa e incidental à execução. O exercício do contraditório, dessa forma, é postergado para ação autônoma de embargos, após o ato constitutivo.

Para a conclusão deste ponto, resta questionar, tratando-se de hipótese de defesa processual, qual o prazo legal para seu manejo. A norma em vigor matem a regra de prazo amplo, passando a fluir apenas após a alienação judicial do bem, conforme o artigo 1.048 do Código em vigor:

Art. 1.048. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a

sentença, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Apenas com a alienação do bem pelas formas previstas no código, passará a correr o prazo preclusivo de cinco dias para o exercício do direito de defesa do terceiro. Decorrido, não mais poderá alegar a inocorrência da fraude à execução, consolidando-se a propriedade na pessoa do adquirente judicial (arrematante, adjudicatário, etc.).

Em um primeiro olhar, a regra pode parecer ter sido mantido pela nova codificação, ao repetir, com texto muito próximo, as disposições do citado dispositivo em seu novo artigo 675¹⁸⁷. Contudo, uma análise sistemática do novo diploma aponta para uma mudança de rumos no que diz respeito à fraude à execução, com a truncada redação do parágrafo quarto do artigo 792:

§ 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.

A disposição, infelizmente, encerra um erro lógico de redação, que impede sua aplicação “literal”. Se os embargos de terceiro, como define o inciso II do artigo 674 do diploma inovador, cabe quando houver “*constricção*” do bem, conclui-se que apenas pode ter lugar após a decisão de fraude e a apreensão judicial da coisa. Assim, é incongruente falar que o terceiro deva ser intimado antes da decisão de fraude para apresentar defesa a

¹⁸⁷ Art. 675. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

algo que ainda não foi decidido. Está-se diante de uma disposição de aplicação inviável, se interpretada estritamente.

No entanto, tomando por certo que uma solução de aplicação sempre deve ser dada pelo intérprete, entende-se que a melhor composição sistêmica é aquela que prestigia a natural postergação do contraditório no processo de execução. Portanto, chamar o terceiro ao processo previamente à decisão de fraude é incongruente com a lógica executiva, que procura excluir do interior de seu procedimento as discussões de direito estranhas ao procedimento de cobrança.

Defende-se, assim, que a disposição deve ser vista em conjunto com o capítulo que trata dos embargos de terceiro, para dela extrair que, havendo a declaração da fraude à execução com a conseqüente constrição do bem (que não dependerá de prévia oitiva do terceiro, sob pena de incongruência lógica), o terceiro necessariamente deverá ser intimado para exercitar seu contraditório postergado. No entanto, diferente das demais hipóteses de cabimento, terá o prazo preclusivo de quinze dias contados da intimação.

Portanto, advoga-se que o parágrafo quarto do artigo 792 do novo diploma buscou, na verdade, impor uma necessária intimação do terceiro quanto à decisão de fraude, dando-lhe rela conhecimento; com a contrapartida processual de que o exercício de sua defesa fica reduzido ao prazo certo de quinze dias, sob pena de manutenção definitiva da constrição judicial. Trata-se de inovação coerente com o espírito de eficiência da jurisdição, pois, ao mesmo tempo, dá conhecimento ao interessado o ato judicial e limita no tempo o exercício do direito de defesa, evitando abusos ou manipulações.

Feitas essas considerações sobre o local adequado para que o adquirente possa efetivar seu contraditório, cabe seguir na investigação questionando qual o conteúdo material possível dessa defesa postergada para os embargos de terceiro.

3.2 Do conteúdo material possível para a defesa do terceiro adquirente: a viabilidade de uma proteção pela boa-fé objetiva

Definido em que momento – defesa postergada – e por qual instrumento – embargos – o terceiro poderá ser ouvido quanto à fraude à execução, resta questionar quais argumentos podem ser apresentados e quais os ônus probatórios que cabem a este terceiro.

Inicialmente, cabe restringir a amplitude do objeto deste subitem. Não se pretende aqui esgotar todas as possíveis hipóteses de defesa do terceiro, que poderiam inclusive incluir exceções de incompetência e suspeição, questões processuais de nulidade de execução, inépcia da inicial, etc. Buscando um foco de argumentação, bem como tentando respeitar os limites do trabalho, as defesas possíveis que se pretende expor correspondem àquelas que dizem respeito diretamente à fraude à execução e sua interpretação pela boa-fé objetiva.

Assim, retoma-se toda a argumentação já apresentada no capítulo 2 da segunda parte desta dissertação, mas agora em seu sentido invertido, visto aos olhos do terceiro que busca desconstituir a decisão que reconheceu a fraude e vinculou seu patrimônio à execução. Para tanto, como metodologia, opta-se por dividir a prova da condução do terceiro de acordo com a boa-fé – suficiente, assim, para ilidir a incidência da fraude à

execução – em duas linhas: prova da boa-fé no desconhecimento do litígio preexistência, afastando, por conseqüente, o *consilium fraudis*; e prova de boa-fé na correta apuração da solvência do devedor.

3.2.1 Defesa quanto ao desconhecimento da lide preexistente

Como requisito para o reconhecimento da fraude, a preexistência de lide – representada pela expressão “demanda em curso” – depende da efetiva ou potencial ciência do terceiro quanto à sua existência, o que implica o *consilium fraudis* (efetivo ou potencial conhecimento do litígio). Ambos os requisitos aplicam-se para todas as hipóteses de fraude, seja aquele que visa a proteger um crédito, seja a que assegura o bem específico em disputa.

A boa-fé objetiva, portanto, retomando o já abordado anteriormente, exige do terceiro – agora embargante, buscando a desconstituição da constrição judicial – que prove a regularidade de sua conduta na busca da informação quanto à existência ou não de prévia lide. Nesse item de defesa, o terceiro pode argumentar, com o ônus de provar, que adotou as cautelas necessárias para a busca de ações em nome do devedor.

Deve comprovar a obtenção de certidões de matrículas ou de registros, caso existentes, contemporâneas ao negócio jurídico, livres de constrições ou notícias de ajuizamento de ação real ou reipersecutória. Deve, ainda, buscar junto aos foros locais as certidões de distribuição, com a indicação de inexistência de ações à época da alienação.

O ônus da prova do terceiro é justamente quanto à diligência de sua conduta como comprador, cuja prova é simples, bastando a apresentação dos respectivos

documentos. No entanto, não se exige uma busca exaustiva quanto a toda e qualquer demanda em nome do vendedor, pois a conduta que se pode exigir pela boa-fé objetiva só pode corresponder àquela que seja razoável e esperada.

Nessa linha, as pesquisas devem se limitar ao foro do local dos bens e do domicílio do alienante. Apenas se poderiam exigir pesquisas mais amplas, quando posto à disposição pelo Estado sistemas mais abrangentes de pesquisa, como buscas por Estado ou – que seria sempre o mais recomendável – de âmbito nacional, como a Certidão Negativa Trabalhista.

Inclusive, a unificação de dados informativos da situação jurídica de pessoas ou bens é uma tendência, com a criação de novas ferramentas cada vez mais abrangentes. Na medida em que postos à disposição, estes sistemas passam a ser de consulta obrigatória por imposição da própria boa-fé objetiva, que determina o agir legal na busca da informação¹⁸⁸.

Em suma, cabe ao terceiro a prova – de fácil produção documental – de que não sabia do prévio litígio, bem como que não agiu em “cegueira deliberada”. A ação leal e condizente com a boa-fé objetiva corresponde à busca diligente por informações sobre a situação jurídica do bem e do seu vendedor, limitada pelas possibilidades de consulta oferecidas pelo Estado.

¹⁸⁸ Recentemente foi apresentado, por este autor em conjunto com o Juiz Federal Tiago Scherer, ao Conselho Nacional de Justiça proposta de criação de sistema nacional para a disponibilização de informações sobre ordens de indisponibilidade de bens. CC n.º 0004523-94.2014.2.00.0000. Caso aprovada a criação de um sistema com essa amplitude, sua consulta prévia a qualquer negócio jurídico se tornará medida exigível do ponto de vista da boa-fé objetiva.

Dessa forma, por meio dos embargos de terceiro, o adquirente poderá demonstrar que aquela ação executiva na qual conscrito seu bem – ou a ação de conhecimento prévia – não poderia ser do seu conhecimento a época do negócio. Pode-se, assim, identificar situações que presumem ou elidem o conhecimento da lide pelo terceiro:

(i) primeira, havendo registro de ação prévia junto ao foro da residência do executado ou do local do bem e/ou¹⁸⁹ notícia de sua propositura averbada no registro competente, tem-se o *consilium fraudis*, com a potencial ciência do litígio, pois, pela boa-fé objetiva, deveria ter promovido estas buscas;

(ii) segunda, tendo a distribuição do feito ocorrido posteriormente ao negócio, não se poderá falar em fraude, bastando que o terceiro apresente a certidão de distribuição negativa ao tempo da venda (ou comprove por qualquer meio a data da propositura da ação) para elidir a aplicação da hipótese de fraude;

(iii) terceira, não havendo, por erro ou negligência do Estado, a correta inserção da informação da existência de prévia lide em banco de dados de distribuições, nem mesmo noticiada esta no registro competente do bem, poderá o terceiro defender-se da incidência da fraude com a apresentação de certidões de distribuição negativas da época e certidões do registro sem gravames, não lhe cabendo responder pelo erro do Estado ou pela negligência do credor em não dar publicidade à existência do feito¹⁹⁰;

(iv) quarta, tendo a ação sido proposta em foro diverso da residência do executado ou do local do bem, inexistindo sistema de consulta disponível para sua busca em

¹⁸⁹ Aqui opta-se por “e/ou” pois estando a notícia da existência da ação apenas registrada na distribuição do foro ou apenas notícia no registro público, qualquer delas, já basta para que o terceiro tenha acesso, se adotar uma conduta que se defende como razoável.

¹⁹⁰ A eventual hipótese de o Estado deixar de incluir a existência de determinado processo em seus registros de distribuição parece remota, no entanto, considerado que as hipóteses de erro na grafia de nomes, supressão de números e imprecisões em dados de CPF e CNPJ, é possível imaginar um gama de situações em que as certidões negativas de distribuições podem ser emitidas de forma errônea, fato que não pode vir em desfavor do terceiro que, diligentemente, buscou a informação correta (agiu de boa-fé).

âmbito maior¹⁹¹, bem como não havendo averbação de sua existência no registro do bem, não é possível exigir do terceiro que soubesse do feito, não sendo razoável pretender que diligencie para além dos limites da comarca do devedor (ou do bem), elidindo assim a fraude por ter agido de boa-fé (diligenciou na comarca e nos eventuais sistemas de âmbito nacional disponíveis, além do registro competente);

Resumidamente, o terceiro deverá demonstrar, em sua defesa, que empreendeu esforços na busca da informação pública, nos limites do esperado. Tendo atuado em consulta aos sistemas disponíveis, não se pode falar em fraude à execução, pois agiu o adquirente de acordo com a lei, cuja interpretação é informada pela boa-fé objetiva.

3.2.2 Defesa quanto à insolvência

Inicialmente, cabe novamente esclarecer que o requisito da insolvência do devedor ao tempo do negócio não é necessário a todos os tipos de fraude à execução. A insolvência é elemento essencial da hipótese apenas na fraude que visa proteger o crédito – aquele decorrente da obrigação de pagar quantia certa – e não na fraude da alienação de coisa litigiosa. Nesta última, interessa ao credor o bem específico e não o seu valor, sendo, portanto, indiferente se, à época do negócio, estava o devedor insolvente, pois a busca é do bem e não do seu valor.

¹⁹¹ Como seria o caso da Certidão Negativa Trabalhista.

Feita esta prévia consideração, cabe indicar em que circunstâncias o terceiro pode focar sua defesa na questão da insolvência. Trata-se de via de defesa subsidiária da primeira – aquela relativa à lide preexistente –, pois apenas interessa provar a solvência do devedor na data do acerto, se naquele tempo havia alguma ação já proposta. Caso contrário, estar-se-ia falando de fraude à credores e não em fraude à execução.

Dessa forma, caso tenha o terceiro constatado, no momento da celebração do negócio jurídico, que pendia contra o devedor alguma demanda, a conduta que dele se pode esperar diz respeito à análise da solvibilidade do vendedor. Quer dizer, a preexistência de uma demanda, por si só, não impede a negociação sobre o bem e não atrai a fraude à execução, mas depende da insolvência do devedor no momento da avença, situação que deve ser verificada pelo terceiro adquirente.

Portanto, tendo, em suas diligências, descoberto a existência de uma lide em desfavor do executado, o terceiro que ainda tenha interesse no negócio deve buscar junto ao devedor provas de sua solvência. Aqui está o elemento de boa-fé capaz de elidir a aplicação da fraude: a conduta leal e diligente de exigir e buscar a prova efetiva da existência de outros bens do devedor capazes de fazer frente ao conteúdo econômico das demandas pendentes.

Quanto chamado ao processo, o terceiro deverá, em seus embargos, demonstrar, documentalmente, que existiam bens na data da celebração do acerto, pois não responde pela ruína do devedor, posterior à alienação. A prova é simples, caso tenha sido diligente, pois bastaria apresentar documentos contemporâneos ao negócio jurídico, tais como: certidões de propriedade de outros bens; comprovantes de depósitos bancários ou

investimentos financeiros em nome de devedor; comprovação de terem sido prestadas garantias suficientes às execuções existentes; etc.

A questão aqui é probatória e seu ônus se direciona ao terceiro adquirente, pois só ele poderia ter tido a conduta legal de, no momento da negociação, exigir a prova adequada da solubilidade. Esse verdadeiro dever de cuidado é imposição própria de uma boa-fé que se quer objetiva, impondo ao terceiro que assim não agiu – assumiu os riscos da conduta descuidada – a obrigação de sofrer os efeitos da presunção de insolvência do devedor que não mais tem bens (artigo 750 do Código de Processo Civil de 1973).

Importante, mais uma vez, retomar a exposição anterior quanto aos limites dessa prova. As disposições do artigo 227 do Código Civil¹⁹² são imperativas e limitam a possibilidade de provar apenas por testemunha uma situação econômica pretérita, quando ultrapassado o valor de dez salários mínimos. Não pode o terceiro que, à época não buscou a comprovação adequada, pretender por testemunhos comprovar uma imensa fortuna do atual devedor insolvente, sob pena de subverter a lógica de prova do sistema jurídico.

Em resumo, a defesa do terceiro que sabia – ou deveria ter buscado saber – da existência de ações contra o vendedor deve demonstrar a solubilidade deste ao tempo da transação. Essa prova depende, necessariamente, da comprovação documental da propriedade de outros bens naquele momento, refletindo, portanto, um dever de cuidado e diligência que deveria ter sido adotado pelo adquirente.

¹⁹² Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

3.3 Defesas Específicas para a Hipótese Especialíssima do Artigo 185 do Código Tributário Nacional: a questão da dívida ativa “regularmente inscrita”

Retomando o estudo mais amplo já realizado, quanto à especialidade da hipótese de fraude do artigo 185 do Código Tributário Nacional, bem como quanto à natureza e constituição da dívida ativa, cabe neste capítulo – voltado exclusivamente para a defesa do terceiro – abordar os reflexos dessa situação diferenciada. Certamente, a estratégia do adquirente, quando chamado à lide, deverá focar não mais na preexistência do processo, mas na preexistência da dívida ativa¹⁹³.

No entanto, diferentemente da distribuição de uma ação ou da propositura de sua execução, que provocam a atuação de órgão jurisdicional, a inscrição em dívida ativa é ato administrativo de início do processo de cobrança. Mais, trata-se de ato vinculado, com todos os seus elementos pré-determinados pela lei, o que autoriza falar que a fraude apenas tem lugar como proteção ao “*crédito tributário regularmente inscrito*”.

Particularmente nesse ponto, pode-se apontar a grande diferenciação das hipóteses de defesa desta fraude especial para as demais: a viabilidade de o terceiro questionar a “*regularidade*” da inscrição como forma de eximir-se a aplicação do artigo 185. O adquirente, além das demais defesas, sempre poderá questionar a nulidade formal ou material da inscrição prévia ao negócio, comprovando a inexistência de um dos elementos essenciais da hipótese-antecedente da norma, qual seja: a regularidade da inscrição.

¹⁹³ Relembrando a redação atual do artigo 185 do Código Tributário Nacional:

Art. 185. *Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.*

Sem pretender repetir o já exposto na segunda parte deste estudo quanto à dívida ativa, neste ponto cabe apenas esclarecer as possibilidades de argumentação a serem oportunamente apresentadas pelo terceiro. Metodologicamente, pode-se falar em defesas formais e materiais contra a “regular” inscrição.

Do ponto de vista formal, a inscrição deve respeitar as exigências do § 5º do artigo 2º da Lei 6.830/80:

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:
I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;
II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;
III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;
IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;
V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e
VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Com relação aos créditos tributários, têm incidência os artigos 202 e 203 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), que estabelecem os requisitos da certidão e as consequências da sua inobservância:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:
I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;
II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;
III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Frise-se que a defesa quanto ao artigo 185 diz respeito à regularidade da inscrição da dívida e não apenas da sua certidão – a chamada Certidão de Dívida Ativa – , pois a hipótese da norma fala em crédito regularmente inscrito, não em certidão regularmente expedida. Assim, mesmo que uma execução fiscal venha a ser extinta por nulidade da certidão, nada impede que a Fazenda Pública proponha novo executivo, dentro do prazo prescricional, e busque novamente o reconhecimento da fraude, pois não havia nulidade da inscrição, apenas na certidão decorrente.

Portanto, a defesa formal do terceiro apenas é definitiva, ou seja, apenas resolver a questão em seu favor sem nova discussão, se demonstrar que à época do negócio de alienação aquela inscrição junto à repartição fazendária padecia de nulidade e, por consequência, não existia crédito regularmente inscrito a justificar a fraude.

Diferente, por outro lado, é falar de regularidade da inscrição do ponto de vista material, quanto ao conteúdo do débito inscrito. Nesse ponto, ao terceiro é possível escudar-se da fraude questionando justamente a legalidade do tributo inscrito, atacando o próprio crédito, pois a regularidade da inscrição exige, por essência, a legalidade do crédito.

Outra não pode ser a interpretação decorrente do sistema normativo, especialmente após as alterações na Lei 10.522/2002, promovidas pela Lei 12.844/2013. Com a reformulação do artigo 19 daquele diploma, restou expresso o dever da Procuradoria-

Geral da Fazenda Nacional e da Receita Federal em observar, além de decisões já consolidadas no âmbito administrativo, o entendimento jurisprudencial, uniformizado pelas cortes superiores pelos métodos processuais adequados. Dispõe a norma:

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)

I - matérias de que trata o art. 18;

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

III - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.788, de 2013)

IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

V - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente: (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

§ 3o *Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse.*

§ 4o *A Secretaria da Receita Federal do Brasil **não constituirá os créditos tributários** relativos às matérias de que tratam os incisos II, IV e V do caput, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)*

§ 5o *As unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverão reproduzir, em suas decisões sobre as matérias a que se refere o caput, o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito, que versem sobre essas matérias, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)*

§ 6o - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.788, de 2013)

§ 7o *Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora **deverá rever de ofício o lançamento**, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)*

A leitura da norma não deixa dúvidas: havendo entendimento contrário das Cortes Superiores, consolidados nas técnicas processuais adequadas, é dever – não apenas faculdade – do procurador público deixar de promover a cobrança do crédito, renunciar a recursos, desistir; ao passo que à Receita Federal cabe deixar de lançar ou rever lançamentos. A norma expressa verdadeiro dever de velar justamente pela “regularidade” da inscrição, não apenas do ponto de vista formal, mas especialmente material.

Nesse contexto, a defesa do terceiro adquirente pode também questionar o mérito do crédito tributário em execução, sem medo de eventual alegação de ilegitimidade. Sendo a essência da fraude a preexistência de inscrição regular, o mérito do tributo pode sim ser desafiado pelo terceiro.

Inclusive, considerando o dever legal de zelar pela regularidade da inscrição, também do ponto de vista jurisprudencial, constatada a hipótese de cancelamento ou revisão substancial do lançamento, o próprio procurador público tem o dever de não recorrer ou desistir dos recursos quanto ao decidido nos embargos de terceiro, em favor do adquirente.

Constada a ofensa da inscrição a algum entendimento consolidado pela jurisprudência, especialmente na sistemática dos recursos repetitivos, pode-se apontar duas situações de defesa ao terceiro, capazes de elidir a hipótese de fraude:

(i) primeira, quando o acolhimento do entendimento jurisprudencial – inclusive de ofício pelo procurador público – resultar em anulação do crédito, deixa de subsistir inscrição “regular” prévia ao negócio jurídico, afastando a fraude;

(ii) segunda, quando o mesmo acolhimento resultar apenas em uma revisão de valores, capaz de reduzir o débito de tal forma que, ao tempo da inscrição, existiam outros bens capazes de lhe fazer frente, afastando a fraude por ausência de insolvência – exceção do parágrafo único do artigo 185 do Código Tributário Nacional –, mesmo que subsista alguma inscrição válida.

Em resumo, a previsão na hipótese da norma da necessidade de uma inscrição “regular” para ter lugar seu consequente, autoriza o terceiro a manejar em sua defesa argumentos contrários à forma e ao mérito do crédito inscrito, buscando a sua desconstituição. Portanto, também age de boa-fé o adquirente que, ao tempo do negócio, desconsiderou inscrições nulas ou baseadas em créditos reconhecidamente indevidos por decisões reiteradas das Cortes Superiores ou por julgamento na sistemática dos repetitivos.

CONCLUSÃO

As complexidades da vida social estão sempre em um crescente, acompanhando o incremento populacional, a intensificação da divisão do trabalho e o estabelecimento de novas fronteiras tecnológicas. Ao Direito cabe e sempre caberá dar vazão a esse turbilhão de fatores, que demandam regulação adequada para, justamente, acomodar todos os agentes em constante relação.

É fato que a multiplicação exponencial de novas e mais volumosas relações jurídicas entre sujeitos de direito tem colocado em perspectiva a capacidade de adaptação de uma ciência jurídica construída dogmaticamente em outro tempo. Novas relações possíveis criam novos conflitos possíveis; novos vínculos, colocam outros em perigo. Justamente aqui, nesta visão de necessária releitura, que os institutos, como a fraude à execução, reclamam maior flexibilidade, sem os riscos de um “esvaziamento principiológico” – que infelizmente tem sido uma tendência, responsável por reviravoltas preocupantes nos rumos normativos.

Esta pretensão de oxigenação dos institutos para uma renovação positiva, habilitando-os aos novos tempos, não pode ser feita sem sólida e experimentada base jurídico-dogmática. Assim, buscou-se demonstrar que é possível o recurso à tradição jurídica na construção de instrumentais interpretativos – mais axiologicamente abertos, mas normativamente definíveis – para dar resposta às demandas concretas, apontando-se solução na boa-fé objetiva.

Comportando-se a boa-fé objetiva como verdadeiro “núcleo de normatividade”, tentou-se defender sua aplicabilidade a searas mais largas que o Direito Privado, sem perder de vista as adaptações que o Direito Público dela exige. Só então, dotado de um referencial interpretativo foi possível falar em fraude à execução sem as marras de uma visão limitada e – o que tem se defendido sempre – ultrapassada, dada a nova realidade de uma sociedade de massa e de multiplicações de relações entre sujeitos.

Dessa forma, pôde-se vislumbrar verdadeiras exigências de cooperação entre os membros do meio social e entre estes e o Estado. A boa-fé objetiva deu à fraude à execução a abertura que necessitava, permitindo sua aplicação como sanção às condutas contrárias a um esperado comportamento leal; ao tempo em que suprimiu de sua hipótese os comportamentos diligentes dos adquirentes.

Como derradeira conclusão, pode-se afirmar que o recurso à boa-fé objetiva recorda ao intérprete que a fraude à execução é instrumento de efetivação da tutela jurisdicional, uma norma com uma finalidade bem clara. Suas potencialidades normativas permitem vislumbrar, com certo grau de clareza, um padrão de comportamento do terceiro adquirente de bens do devedor – impondo-lhe deveres de cooperação e lealde, pois também é membro do meio social e tem compromisso com a efetividade da jurisdição – e do Estado – que deve pôr à disposição de todos as informações indispensáveis ao julgamento de suas ações.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. V. 1. 10ª ed. São Paulo: Forense, 1997.

AMADEI, Vicente de Abreu. **Princípios de Protestos de Títulos**. In: DIP, Ricardo (Org.). Introdução ao Direito Notarial e Registral. Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Contratos e Notificações no Registro de Títulos e Documentos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de Imóveis: doutrina, prática, jurisprudência**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CIGNACHI, Gustavo Chies. **Confisco civil: breves comentários sobre a necessidade e a viabilidade de sua adoção pelo direito brasileiro**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 52, fev. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao052/Gustavo_Cignachi.html> Acesso em: 08 nov. 2014.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificação da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA, William Santos. **O Ônus da Prova na Fraude à Execução**. In: MOREIRA, Alberto Caminã (Org.); ALVAREZ, Anselmo Prieto (Org.); BRUSCHI, Gilberto Gomes (Org.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 744-767.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. In: Col. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio; MELLO, Joaquim Munhoz (atualiz.). **Processo de Execução**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2014.

LUCIANO, Pablo Bezerra. **A boa-fé do adquirente na fraude à execução: pelo cancelamento da súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça**. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília: v.6, n. 2, dez. 2012, p.19-52

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. v. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos**. Revista CEJ, Brasília: CEJ, n. 27, out./dez. 2004, p. 110-120.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil, do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção, das obrigações, arts. 304 a 388**. V. 5, Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil, do inadimplemento das obrigações, arts. 389 a 420**. V. 5, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, jul. 1992, p. 127.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da R. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, Tomo I, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, Tomo II, 1999.

MONTEIRO NETO, Nelson. **“Fraude à Execução Fiscal” conforme a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** Em: Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n.95, fev. 2011, p.88-94.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm . Acesso em: 07 nov. 2014

PAULSEN, Leandro. ÁVILA, René Bergmann. SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PÉREZ, Jesús González. **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1989.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; SCHERER, Anderson. **A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1 e 2.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.