

AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO NA EXECUÇÃO FISCAL

Daniela de Lima AMORIM¹
Parcelli Dionizio MOREIRA²

RESUMO: Este artigo tem por objeto analisar as implicações jurídicas provocadas pelos compromissos de compra e venda de imóvel não registrado na execução fiscal e, particularmente, perscrutar o alcance do conteúdo da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, bem como relacioná-los com o direito constitucional e infraconstitucional.

Palavras-chave: Compromisso. Compra. Venda. Execução. Fiscal.

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas mais recorrentes em execução fiscal está relacionado aos embates jurídicos travados entre o Fisco e adquirentes de imóveis por meio de compromissos de compra e venda não registrados em cartório de registro imobiliário.

É freqüente a aquisição por terceiros de imóveis alienados por contribuinte que esteja em débito com o Fisco, ajuste que corriqueiramente é feito sob o rótulo do compromisso de compra e venda, os quais muitas vezes não são registrados em cartório.

Essa situação de ausência de registro eleva a litigiosidade da execução fiscal, procedimento no qual é muito comum a oposição de embargos de terceiro pelo adquirente do imóvel, que em muitos casos não leva a registro o bem adquirido do contribuinte então executado pelo Fisco.

O terceiro adquirente alega, com certa freqüência em juízo, que estava de boa fé e, invocando a proteção que a legislação pátria confere ao terceiro de boa-

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: damorim.dla@gmail.com.

² Procurador da Fazenda Nacional em Londrina/PR, bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar de Curitiba/PR e Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – Uniderp/MS e Especialista em Direito do Estado – Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina/PR. E-mail: parcellidionizio@yahoo.com.br

fé, pleiteia que o imóvel adquirido não seja levado à hasta pública para satisfação do crédito fiscal.

Diante desse quadro, este trabalho analisará as implicações jurídicas da promessa de compra e venda na execução fiscal, bem como apontará uma solução plausível para o desfecho de querelas dessa natureza, enfocando, sobretudo, a Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça, além de examinar o tema à luz do direito constitucional e infraconstitucional.

2 DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROPRIEDADE

A propriedade aqui não será enfocada à luz do direito civil isoladamente, mas, sobretudo, o objetivo primordial é a busca de sua compreensão sob a égide do direito constitucional.

Num primeiro momento, o direito de propriedade foi concebido sob o prisma do direito natural. Havia uma estreita relação entre a noção de propriedade e o homem, a ponto de AHRENS, em seu *Curso de Direito Natural*, postular a projeção da personalidade humana no domínio das coisas.

Em termos individualistas e jusnaturalistas, o direito de propriedade traduzia-se numa relação jurídica estabelecida entre pessoa e coisa unicamente, havendo, portanto, a exclusiva preocupação em criar mecanismos de defesa da propriedade, sendo esta um direito do homem isoladamente considerado.

Celso Ribeiro Bastos (1996, p. 191) aborda essa concepção da propriedade como direito sob o enfoque exclusivamente individualista:

Nos Estados de doutrinas individualistas o direito de propriedade erige-se num dos direitos fundamentais do homem, ao lado da liberdade e da segurança. Ele vai buscar sua fundamentação no direito natural. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 assim encara a propriedade, é dizer: entre os direitos naturais imediatamente após a liberdade, antes da segurança e da resistência à opressão.

Historicamente, entretanto, essa noção da propriedade como direito individual e inato ao homem foi cedendo passo a uma compreensão que exigia o atendimento a uma função social, cujo objetivo principal consiste em coibir a ação ou omissão daquele que venha a incorrer em abuso de seu direito, usando a

propriedade de modo personalista e egoísta, mesmo que tal uso se faça degeneradamente contra os próprios interesses do possuidor.

Tal modificação na maneira de enxergar a extensão do direito de propriedade, vem à tona, portanto, para mitigar a autonomia da vontade nos casos em que o exercício de tal direito tangenciar os direitos de outros membros da sociedade.

Essa nova concepção do direito de propriedade sedimenta o velho ditado de que “o direito de um termina quando começa o direito do outro”. É a relativização do conceito de direito como meio de adaptação à segunda dimensão dos direitos fundamentais: os direitos sociais.

Nesse momento exsurge, nitidamente, essa dicotomia entre o direito de propriedade entendido como inato ao homem, oriundo do direito natural, e uma outra compreensão, de cunho social, que exige que esse direito seja exercido não mais sob um prisma única e exclusivamente individualista, mas também levando em consideração o papel da propriedade à luz do cumprimento de sua função social.

A superação daquela concepção meramente individualista do direito de propriedade para uma perspectiva jurídica que passou a exigir o cumprimento de uma função social é enfatizada por José Afonso da Silva (1997, p. 263-264):

*O direito de propriedade fora, com efeito, concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Verificou-se, mais tarde, o absurdo dessa teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, que só se opera entre pessoas. Um passo adiante, à vista dessa crítica, passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um *sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo e assim o direito de propriedade se revela como *um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito...* o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo o qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade com função social.*

Com o surgimento dessa exigência de cumprimento da função social, o direito de propriedade não mais é percebido como mera relação entre pessoa e coisa, mas sim entre um sujeito (o proprietário) e todas as outras pessoas (sujeito passivo universal).

A referência a essa função social do direito de propriedade, entretanto, não é uníssona na doutrina, pois parte dela prefere a ideia de “finalidade social”.

Gregório Badeni (2000, p. 458), jurista argentino, não concorda com a terminologia “função social”, preferindo pensar em “finalidade social”:

Si bien la propiedad no es una función social, resulta evidente que ella tiene una finalidad social, a igual que todas las libertades del hombre ejercidas en el curso de la convivencia. Las libertades naturales del hombre, cuando éste convive con sus semejantes, quedan sujetas a diversas limitaciones establecidas en salvaguarda de los derechos de los demás con el propósito de armonizarlos y de permitir la concreción de los fines personalistas de la sociedad. Esas limitaciones también son aplicables al derecho de propiedad, sin necesidad de acudir a elucubraciones teóricas y antinaturales que le imprimen una tipificación diferente a la de las restantes especies de la libertad.

Francisco Rubio Llorente (1995, p. 536) também se refere a uma finalidade social, preferindo-a ao vocábulo “função”:

(...) la referencia a la ‘función social’ como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio este llamada a cumplir.

Nada obstante essa divergência terminológica, o fato é que o direito de propriedade não é mais concebido como um direito exclusivamente individual, embora não deixe de sê-lo. O que se quer dizer é que, a par de um direito fundamental do indivíduo, o exercício do direito de propriedade deve harmonizar-se com a destinação social que o uso e a fruição desse direito devem necessariamente observar.

Ao contrário do que eventualmente possa ser excogitado, não há, de maneira alguma, divergência entre o caráter liberal da Constituição de 1988 e a inserção da cláusula da função social como delimitadora do exercício do direito de propriedade.

O que o constituinte originário pretendeu foi justamente acentuar o caráter econômico desse direito, tanto que no artigo 170, incisos II e III, da Constituição Federal, convivem dois princípios convergentes da ordem econômica: propriedade privada e função social da propriedade.

Esse viés econômico do direito de propriedade é corroborado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 309):

[...] referindo-se à propriedade, quis o constituinte dizer direito de conteúdo econômico, direito patrimonial. Assim, a Constituição, no art. 5., XXIV, consagra o direito fundamental de não ser alguém despojado de direitos de seu patrimônio, sem justa indenização.

Sem embargo, o direito de propriedade reproduz-se numa norma constitucional de eficácia contida, uma vez que o seu exercício sofre a influência da legislação ordinária, que vem exatamente delimitar o âmbito de ação do seu titular.

Assim, esse influxo do legislador ordinário delimita o exercício do direito de propriedade:

Deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de *relativização*, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária... Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional. (PAPIER apud MENDES, 2009, p. 482)

Corroborando esse entendimento segundo o qual o direito de propriedade previsto na Constituição seria uma norma de eficácia contida, José Afonso da Silva (1999, p. 113) assim discorre:

Necessidade ou utilidade pública; interesse social ou econômico; perigo público iminente. São outros tantos conceitos que interferem com a eficácia de determinadas normas constitucionais. Com base neles o Poder Público pode limitar situações subjetivas, circunscrevendo a autonomia de sujeitos privados, especialmente em relação ao direito de propriedade. O inciso XXII do art. 5º garante o direito de propriedade, mas os incisos XXIV e XXV oferecem os elementos de suas limitações, permitindo sua desapropriação por *necessidade ou utilidade pública* ou por *interesse social*, bem como seu uso pela autoridade competente no caso de *perigo público iminente*.

Portanto, a propriedade pode ser compreendida como um direito de envergadura constitucional, que se estabelece entre um sujeito (o proprietário) e os demais sujeitos (sujeito universal), o qual não deixa de ser um direito fundamental ou mesmo um direito individual, devendo, todavia, cumprir sua função social e submeter-se às restrições impostas pelo legislador ordinário em favor do interesse público genericamente considerado.

2.1 O alcance do vocábulo “propriedade”

Viu-se que o direito constitucional de propriedade não se limita a uma concepção individualista, à medida que se exige o cumprimento de uma função social que restringe o uso abusivo desse direito.

Entretanto, não basta, para se avançar na investigação ora encetada, apresentar a propriedade sob o viés do direito constitucional, sem que se perquiria, também, o próprio alcance desse vocábulo.

Nesse diapasão, de todo conveniente perscrutar-se o que vem a ser propriedade para, em seguida, dar outro passo adiante.

O Código Civil oferece um indício do que venha a ser a propriedade, principalmente ao definir a figura do proprietário (art. 1.228):

O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Entretanto, a definição de proprietário dada pelo Código Civil não é suficiente para a compreensão do alcance do direito de propriedade, sobretudo sob o prisma do direito constitucional.

A intelecção do direito de propriedade deve encerrar uma ideia mais ampla, que se atrele principalmente à noção de patrimônio.

Esse viés patrimonialista do direito de propriedade, portanto:

É abrangente de todo o patrimônio, isto é, os direitos reais, pessoais e a propriedade literária, a artística, a de invenções e descoberta. A conceituação de patrimônio inclui o conjunto de direitos e obrigações economicamente apreciáveis, atingindo, conseqüentemente, as coisas, créditos e os débitos, todas as relações jurídicas de conteúdo econômico das quais participe a pessoa, ativa ou passivamente (GUIMARAES apud CARVALHO, 2010, p. 823-833).

A ideia de patrimônio, como se nota, é mais ampla e mais consentânea à compreensão da extensão do vocábulo *propriedade*, não se circunscrevendo àquela definição de proprietário dada pelo Código Civil.

Jorge Miranda (1993, p. 466), discorrendo sobre a Constituição Portuguesa, assevera:

A Constituição garante o direito de apropriação, o direito de aquisição de bens ou, mais amplamente, de direitos patrimoniais pelos particulares. Os

particulares, sejam pessoas singulares ou colectivas, gozam do direito de ter bens em propriedade e, em geral, do direito de se tornar, por actos *inter vivos* ou *mortis causa*, titulares de quaisquer direitos de valor pecuniário, sejam direitos reais, direitos de crédito, direitos de autor, direitos sociais ou outros. Os direitos patrimoniais não ficam reservados ao Estado ou à comunidade, podem ser também dos cidadãos.

Como se percebe, a concepção do direito de propriedade não se limita ao direito de usar, gozar e fruir uma determinada coisa, sendo mais ampla e mais compreensiva do que a de domínio (MONTEIRO, 2003, p. 83).

Ou seja, a propriedade deve ser compreendida de modo mais abrangente, a ponto de englobar não só o domínio, mas também os direitos reais e os direitos pessoais.

O conceito constitucional de propriedade é amplo, abrangendo o complexo de direitos patrimoniais traduzíveis economicamente. O direito de propriedade, no sentido da Constituição, não é só a nua propriedade, porém tem um largo sentido... Compõem o nosso patrimônio: os direitos reais; os direitos pessoais, isto é, direitos a certas ações e prestações de outras pessoas – obrigações, créditos [...] (FERREIRA, 1993, p. 119)

Inegavelmente a propriedade não está presa única e exclusivamente à ideia de domínio, admitindo uma noção mais larga, dilatada, que remeta à ideia de patrimônio, “daí ser lição corrente na doutrina que, referindo-se à propriedade, quis o constituinte dizer direito de conteúdo econômico, direito patrimonial” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 309).

Esse entendimento acerca do alcance do termo *propriedade* não remonta aos dias atuais.

Há mais de meio século, a doutrina civilista brasileira já encerrava a ideia da propriedade, sobretudo em seu sentido genérico, como aquele feixe de direitos que se reportam ao patrimônio.

Nesse sentido, Lafayette Rodrigues Pereira (1956, p. 77) prelecionava que: “o direito de propriedade, em sentido genérico, abrange todos os direitos que formam o nosso patrimônio, isto é, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário”.

Como visto anteriormente, a propriedade não se refere apenas aos direitos, abarcando também as obrigações de conteúdo patrimonial, particularidade que, à época, não foi identificada por Lafayette Rodrigues Pereira.

Portanto, tanto à luz do direito constitucional como do próprio direito civil, a ideia de propriedade não se restringe à de domínio, reclamando uma abordagem mais ampla, de modo a incluir todas as relações jurídicas de conteúdo econômico.

3 PROMESSA IRRETRATÁVEL DE COMPRA E VENDA (ARTS. 1417 E 1418, CC) e INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA (ART. 185 DO CTN)

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1417, estatui que, mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Pelo que se infere do texto da norma supracitada, o legislador ordinário tratou a promessa irretratável de compra e venda como um direito real do comprador à aquisição do imóvel.

Releva indagar quais seriam as conseqüências desse tipo de contrato perante terceiros e, em particular, frente ao Fisco.

Segundo Cesar Fiuza, esse tipo de contrato teria natureza real, mas apenas aquele que estiver devidamente registrado poderia ser oposto a terceiros, sob pena de caracterizar-se como mero direito de cunho meramente obrigacional não oponível *erga omnes*:

Para que o comprador tenha esse direito, são essenciais alguns requisitos. Assim é que o contrato não poderá conter cláusula de arrependimento, deve ter sido assinado pelo vendedor e seu cônjuge e registrado no Cartório de Imóveis... Mas e se o contrato preliminar não estiver registrado? Mesmo assim, o promitente comprador terá direito de adjudicar o imóvel, executando o contrato promissório. Só que este direito será creditício, não sendo oponível *erga omnes*. Não consistirá em direito real de aquisição, não sendo válido contra terceiros de boa-fé

Essa ideia é corroborada, de maneira bastante sintética, mas não menos perspicaz, por Maria Helena Diniz (2010, p. 635-636) que preleciona:

É necessário o seu assento no Cartório de Registro de Imóveis, pois o direito real de promessa de venda só surge a partir dela (CC, art. 1417, 2ª parte; Lei n. 4.591/64, art. 32, § 2º, com a redação da Lei n. 10.931/2004). Antes do assento registrário tem-se mero contrato de promessa de venda, que gera apenas direitos obrigacionais e não reais.

A imprescindibilidade do registro do compromisso de compra e venda é exaltada por Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 449), que enfatiza a importância desse ato:

O momento culminante da gestação deste direito real é a inscrição no registro imobiliário. Sem ela a apuração dos demais requisitos é nada. Verificados que sejam, e inscrito o documento, vigora o direito real de promessa de venda. Evidentemente, a partir do momento do registro. Até aquela data, o contrato de promessa de venda existe, porém gerador de direitos meramente obrigacionais. Operada a inscrição constitui-se o direito real.

Essa norma do Código Civil, que exige o registro imobiliário do compromisso irrevogável de compra e venda, tem relevância não só para disciplinar as relações entre particulares, como também é de fundamental importância para caracterizar a presunção de má fé na venda ou aquisição do imóvel em relação ao Fisco.

Isso porque o artigo 185 do Código Tributário Nacional estabelece uma presunção de má fé do devedor tributário que aliena bens, ou que inicia tal ato de alienação, e que esteja em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Essa regra, convém ressaltar, só se aplica na hipótese de não terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

Ou seja, se o bem imóvel foi objeto de compromisso irrevogável de compra e venda foi registrado no órgão competente apenas posteriormente à inscrição em dívida ativa, esse contrato não poderá ser oponível ao Fisco se o devedor-alienante não reservou outros bens ou direitos para garantir o débito fiscal.

Em ambos os casos o que se tem é apenas um direito de cunho obrigacional que tanto o compromitente-vendedor como o promissário-comprador podem opor um ao outro, isto é, o acordo só pode ser oposto *inter partes*, não gerando efeito *erga omnes*.

Perante terceiros, entretanto, como não foi dada a necessária publicidade do ato, não há de cogitar-se de direito real de aquisição, sobretudo em relação ao Fisco, porquanto o Código Tributário Nacional estabelece expressamente o marco a partir do qual qualquer alienação considerar-se-á fraudulenta caso não haja garantia suficiente para pagamento do crédito tributário. Esse marco é

justamente a inscrição em dívida ativa do crédito tributário definitivamente constituído.

Assim, o Fisco poderá indicar o imóvel objeto do compromisso irrevogável de compra e venda na execução fiscal visando a satisfação do crédito tributário contra o alienante (devedor tributário), tendo em vista que, na situação hipotética do art. 185 do CTN, a lei presume a má fé.

Nesse sentido adverte Eliana Calmon (1999, p. 705):

Constituindo pressupostos para a caracterização da alienação em fraude à execução do crédito tributário a dívida ativa ajuizada, vale dizer, pedido executivo despachado ou distribuído, e a inexistência de outros bens para satisfazer o Fisco, é importante ressaltar que o ânimo fraudulento é presumido de forma absoluta, independentemente de sua demonstração, diferentemente do que ocorre na fraude contra credores.

A presunção de fraude e, portanto da má fé do adquirente, é absoluta, de modo que é desnecessário demonstrar que o adquirente tinha ciência da existência da inscrição em dívida ativa.

Luciano Amaro (2005, p. 472) assevera que “se o sujeito passivo, tendo débito inscrito, aliena bens ou rendas, a presunção legal de fraude torna ineficaz o ato praticado, não importando se o devedor o praticou a título *oneroso* ou *gratuito*”.

Ou seja, a partir do momento em que o crédito tributário for inscrito em dívida ativa, qualquer oneração ou alienação de bens feita pelo devedor insolvente caracterizar-se-á em fraude à execução, a qual será presumida, somente podendo ser afastada por prova a ser feita pelo alienante ou mesmo pelo adquirente do bem.

4 OS EMBARGOS TERCEIRO E SUA CONEXAO COM A SÚMULA 84 DO STJ: UMA NOVA PROPOSTA INTERPRETATIVA.

Estabelecidas as premissas anteriores, a partir deste momento investigar-se-ão as implicações jurídicas dos compromissos de compra e venda de imóvel não registrado na execução fiscal e, particularmente, perscrutar-se-á o alcance do conteúdo da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, a Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em

alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

Uma interpretação meramente gramatical da Súmula já seria suficiente para inferir que a propositura dos embargos por terceiros seria possível mesmo que o compromisso de compra e venda de imóvel não tenha sido registrado.

Em termos mais específicos: o terceiro está legitimado a propor os embargos, mas isso não significa que essa possibilidade de exercer o direito subjetivo da ação de embargos de terceiro vinculará o mérito da causa.

O conteúdo da Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça remete apenas a uma das condições da ação (legitimidade para agir), pois expressamente autoriza o terceiro que alega posse com base em contrato de compra e venda de imóvel sem registro a ajuizar os embargos de terceiro.

Portanto, esse terceiro é parte legítima para ajuizar os embargos de terceiro e tal legitimidade, garantida pela referida súmula, assegura o exercício do direito constitucional de ação, fazendo valer, em última análise, o acesso à justiça.

Não obstante, na jurisprudência verifica-se que tem sido reiteradamente aplicado o verbete do Superior Tribunal de Justiça ao se julgar o mérito da causa, dando-se procedência aos embargos de terceiro àquele terceiro possuidor de bem imóvel com base em contrato de compra e venda não registrado em órgão competente.

Todavia, não se deve confundir a legitimidade do terceiro adquirente de imóvel não registrado com a relação jurídico-material propriamente dita, porquanto a possibilidade de ajuizamento dos embargos de terceiro, na forma da Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça, não implica, necessariamente, a procedência do pedido.

A propósito, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 873) preleciona:

Nos casos em que a alienação de uma coisa é ineficaz por fraude do devedor, os embargos de terceiro que vierem a ser opostos serão *improcedentes* e assim deverão ser julgados, permanecendo aquela em estado de sujeição – mas esse será o julgamento de *mérito* dos embargos. *Terceiro* esse adquirente é, pelo simples fato de não figurar como parte na execução; a defesa de que dispõe são os embargos de terceiro, onde poderá inclusive sustentar que o bem constricto não responde pela execução.

Em lapidar análise sobre o instituto dos embargos de terceiro e sua relação com a Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça, Araken de Assis (1999, p. 1296) vaticina:

[...] o promitente comprador de bem imóvel, haja ou não registrado a promessa, desde que investido na posse, ostenta legitimidade para propor a ação de embargos de terceiro... Claro está que, configurada a ressalva da cláusula final, ou seja, faltando a promessa de registro, e, genericamente, algum direito oponível ao credor – p. ex., colusão entre o exequente e o executado (promitente vendedor); o reconhecimento pelo exequente de que o bem já não se encontrava no patrimônio do obrigado, e assim por diante -, os embargos se encontram fadados à improcedência. Mas este é um juízo *a posteriori*, situado no mérito da causa, que não pré-exclui a legitimidade ativa do compromissário. Em outras palavras, impõe distinguir a legitimidade do compromissário, consagrada na Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, da eventual procedência dos embargos, que exigirão a análise do mérito.

Pelo que se deduz, a legitimidade para propositura dos embargos de terceiro não se confunde com a análise do mérito, momento este em que será apreciada a eficácia ou não da alienação ou oneração perante aquele que figura como exequente no processo em que foi constrito o bem imóvel.

Assim, a garantia de acesso à jurisdição através da legitimação da parte não implica em procedência do pedido, pois, se assim fosse, a qualquer parte legitimada pelo ordenamento jurídico brasileiro seria assegurado o provimento.

Diante dessa nítida diferença entre os dois momentos da relação jurídico-processual (aferição da legitimidade ativa do terceiro e julgamento do mérito propriamente dito dos embargos de terceiro), impende alinhar uma nova proposta interpretativa para a solução da controvérsia posta nos embargos de terceiro, em particular naqueles ajuizados em execuções fiscais promovidas pela Fazenda Pública.

A Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça data dos meados do ano de 1993, muito anterior, portanto, à entrada em vigor do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que veio disciplinar os efeitos jurídicos da promessa de compra e venda, a qual ganhou foros de direito real de aquisição, conforme o artigo 1.417, *verbis*:

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Resta evidente, pelo conteúdo do texto normativo do atual Código Civil, que a diretriz emanada da Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça tem o

condão tão-somente de autorizar o ajuizamento dos embargos de terceiro pelo adquirente de compromisso de compra e venda sem registro.

Porém, o *merito causae* deve-se reportar à regra jurídica estabelecida no artigo 1.417 do Código Civil, justamente porque vincula a procedência do pedido ao prévio registro em Cartório do Registro de Imóveis da promessa de compra e venda, sem o que não restará caracterizado o direito real de aquisição, não podendo, pois, ser oposto ao Fisco, ainda mais se não houver registro antes da inscrição em dívida ativa, como visto anteriormente.

Não se pode prestigiar uma interpretação que venha afrontar o disposto no artigo 1.417 do Código Civil e que não se coadune com a regra do artigo 185 do Código Tributário Nacional, a ponto de estimular a realização de compromissos de compra e venda não registrados de bens imóveis com o intuito de fraudar as execuções fiscais.

A aplicação do conteúdo da Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça para além da análise das condições da ação, interferindo no próprio mérito da causa, a ponto de servir de fundamento para a procedência dos embargos de terceiro, viola não somente o disposto na regra do artigo 1.417 do Código Civil, como o próprio direito de propriedade, assim entendido naquela acepção mais ampla, como conjunto de direitos e obrigações ou de relações jurídicas de caráter econômico-patrimonial.

Como ressaltado alhures, a propriedade deve cumprir a sua função social.

A partir do momento em que o alienante – servindo da figura do compromisso de compra e venda não-registrado e prevendo a procedência dos embargos de terceiro com base na Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça em eventual constrição do bem pelo Fisco – transfere sua propriedade a terceiro, eximindo-se ambos de qualquer registro no cartório competente, estará caracterizada a utilização abusiva do direito de propriedade.

Esse exercício abusivo do direito de propriedade não pode e não deve ser amparado pelo ordenamento jurídico, tampouco pela jurisprudência, sob pena também de causar insegurança jurídica e de legitimar condutas ilícitas por parte de devedores do Fisco mancomunados com terceiros.

Acerca dos parâmetros para se identificar uma conduta que incorre no abuso do direito, Eduardo Pablo Jiménez (2000, p. 72) afirma que:

En realidad, los estándares para determinar si la conducta há derivado en abuso del derecho, son los siguientes: 1. intención de perjudiciar. 2. extralimitación en el ejercicio regular de un derecho. 3. falta de interes legítimo o utilidad en el ejercicio de la prerrogativa. 4. violación a las pautas socialmente aceptables de buena fe y buenas costumbres.

Por sua vez, há outros doutrinadores que sugerem uma definição de abuso de direito de acordo com a qual há abuso quando um interesse de liberdade jusfundamentalmente protegido se realiza,

[...] às custas de outro participante na relação jurídica (um particular, a comunidade ou o Estado), desde que o interesse lesado seja reconhecidamente protegido por uma norma constitucional de valor superior, por uma ideia fundamental pré-constitucional ou por um princípio jurídico supra-positivo. (GALLWAS apud NOVAIS, 2003, p. 491)

No caso da alienação ou oneração de bens após o momento da inscrição em dívida ativa (artigo 185 do CTN), a própria norma jurídica presume a natureza fraudulenta do compromisso de compra e venda não registrado, vício que é reforçado pela exigência emanada da redação atual do artigo 1.417 do Código Civil, que somente reconhece como direito real de aquisição ao compromisso de compra e venda devidamente registrado em cartório, único que pode ser oposto *erga omnes*.

Fora do contexto do artigo 1.417 do Código Civil, a alienação sem o registro em cartório e após a inscrição em dívida ativa será tida por fraudulenta, inviabilizando qualquer defesa que invoque a presença de suposta boa fé do alienante ou mesmo do adquirente.

O próprio adquirente não pode invocar sua boa fé se não provar que agiu diligentemente, pesquisando eventuais débitos tributários em nome do alienante.

Ora, a conduta negligente do adquirente também não pode ser chancela pelo direito.

La buona fede, che qualifica questa forma di possesso, non è un fattore puramente psicologico, nel senso che basti a porla in essere la semplice ignoranza di ledere il diritto altrui; occorre che detta ignoranza non dipenda da negligenza grave(...): *errantibus, non dormientibus, iura succurunt!* Il fondamento etico della buona fede si rivela pertanto nella scusabilità, che è richiesta per la rilevanza dell'errore invocato. (TRABUCCHI, 1995, p. 441)

Portanto, uma nova proposta interpretativa é apresentada neste momento, de acordo com a qual a Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça deve servir como parâmetro apenas para aferição da legitimidade ativa do terceiro-embargante, não influenciando no mérito da causa, de modo que o pedido será

procedente ou improcedente conforme seja ou não observado o conteúdo normativo do artigo 1.417 do Código Civil e desde que o direito de propriedade, em sua concepção mais abrangente, não seja utilizado de forma abusiva, com o fim exclusivo de fraudar a execução fiscal, descumprindo, assim, sua função social.

5 CONCLUSÃO

A propriedade, aqui considerada em sua aceção mais ampla, era antes concebida como um direito individualista e inato ao homem, evoluiu para historicamente, passando a ser compreendido como uma relação que se estabelece entre um sujeito (proprietário) e vários sujeitos (sujeito universal), devendo cumprir sua função social.

O artigo 1.417 do Código Civil, a partir de sua entrada em vigor, confere efeitos jurídicos ao compromisso de compra e venda registrado em cartório, o qual é entendido como um direito real de aquisição.

Diante desse novo contexto, e também considerando a redação do artigo 185 do CTN, não se tem mais argumentos juridicamente válidos para aplicação do conteúdo da Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça em relação ao mérito da causa dos embargos de terceiro, devendo tal diretriz servir única e exclusivamente para aferir uma das condições da ação (legitimidade para agir).

Uma interpretação divergente da que ora se propõe afrontaria não só o disposto nos artigos 1417 do CC e 185 do CTN, mas também o próprio Texto Constitucional, à medida que autorizaria o uso abusivo do direito de propriedade pelo alienante (devedor fiscal) e o adquirente de imóvel por meio de compromisso de compra e venda não registrado em cartório, o qual, segundo a atual legislação, não pode ser oposto como direito real a terceiros de boa fé.

Por tal razão, propõe-se a validade dos compromissos de compra e venda devidamente registrados em cartório de registro de imóveis como direito real de aquisição a ser oposto perante o Fisco, desde que tal ato registrário seja efetivado antes da inscrição em dívida ativa, em harmonia com a regra inserta no artigo 185 do CTN.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BADENI, Gregório. *Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ad-hoc Villela Editor, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996

BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 21/03/2012.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em 22/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 84. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 15.04.2012.

CALMON, Eliana et al. *Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS (LC 87/96), ISS (DL 406/88), IPVA*. coord.: Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição; direito constitucional positivo*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 4. direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo II. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1995.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de direito civil*. v. 3. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Malulf. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 36. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1995.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.