**MODELO DE PETIÇÃO**

**EXECUÇÃO. PENHORA. IMÓVEL RESIDENCIAL. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. MEMORIAL**

Rénan Kfuri Lopes

Exmo. Sr. Des. ... DD Revisor na Apelação Cível n. ...- ... Câmara Cível do TJ ...

apelante: ...

apelado: ...

MEMORIAL PELO APELADO

Eminente Des. ...,

-I- INADMISSÍVEL A CONSTRIÇÃO DE IMÓVEL RESIDENCIAL PARA A GARANTIA DE DÍVIDA

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

1. Na sessão de julgamento do presente recurso, após votarem a relatora e V. Exa. pela rejeição da segunda preliminar versando sobre a preclusão arguida pelo apelante, o d. vogal, Des. ... requereu vista dos autos para melhor análise da *quaestio*.

2. O presente memorial tem o propósito de apenas acrescer as questões nodais da discussão: a impenhorabilidade do imóvel residencial e a inexistência de fraude contra credores.

3. A hoje desembargadora, então Juíza da ...ª Vara de Registros Públicos, Falências e Concordatas da Comarca de ..., Dra. ..., quando deferiu o sequestro de bens da finada Sra. ... em sede de liminar *inaudita altera parte*, nos autos da medida cautelar de sequestro n. ..., deixou bem destacado naquele r. *decisum*, no tópico ..., que aquela constrição judicial não incidiria sobre os bens que por lei estão obstados de qualquer estreitamento.

4. Não se pode falar em preclusão se a decisão monocrática afastou da constrição os bens "*impenhoráveis*" e uma das teses esposadas pelo espólio-apelado é exatamente a impenhorabilidade do imóvel residencial, onde atualmente residem as filhas da finada ... (fato provado à exaustação no caderno processual). E na época da constrição judicial (em ...) também restou granjeado aos autos com inúmeros documentos dando prova de que ... também residia no imóvel *in quaestio* localizado no ... Como também jamais houve qualquer enfrentamento do cerne da discussão acerca do *punctum dolens* norteador da exordial quanto ao imóvel se tratar de bem impenhorável, posto que é o único imóvel do apelado, servindo de residência para os seus proprietários. Por esse motivo, no julgamento da AI n. ..., essa d. ...ª Câmara Cível do TJ... remeteu as partes para o ajuizamento de uma ação ordinária, adequado por sua amplitude e espaço probatório, para discutir acerca da impossibilidade da constrição sobre imóvel residencial. E nessa quadra a v. sentença de primeiro grau bem depreendeu *a ratio* da decisão prolatada pela augusta Câmara, o que se encontra colocado aos autos com uma clareza solar, *data máxima venia*.

5. Ora, o imóvel residencial para moradia da família, único de propriedade do espólio-apelado, onde morava a finada ...e sua família constituída pelas filhas ..., ... e seu companheiro ..., que ainda residem no imóvel, tem proteção e está indene à medida judicial aplicada em virtude das benesses concedidas pela Lei n. 8009/90, art. 1º e art. 226, § 4º da CF[[1]](#footnote-1), cuja *ratio* é preservar a moradia, assegurando a dignidade à família.

6. Noutra vértice, a proteção ao direito de moradia é matéria de ordem pública, não podendo ser atingida pela preclusão temporal: "*A impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública e pode ser arguida até o fim da execução, mesmo sem o ajuizamento de embargos do devedor*" (STJ, Resp 222823/SP, 3ª T., Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 06.12.2004).

7. Avançando sobre os pródomos sócio-políticos, a Lei nº 8.009/90 surgiu em época de notórias incertezas e instabilidades sociais, políticas e econômicas, em grande parte estimuladas por uma inflação galopante e que assumia índices alarmantes e desestruturadores das atividades produtivas, com reflexos negativos na indústria, no comércio e na atividade particular, provocando um crescimento imprevisível, desmedido e incontrolável dos débitos assumidos, tornando-os, praticamente, impagáveis; e, em parte, também determinadas pela mudança recente de governo, com forte intervenção no domínio da economia.

8. Assim, ela veio como forma de atenuar, em parte, os efeitos da situação política e econômica então reinante, buscando evitar a instalação do caos social, que seria provocado pela perda de parte dos devedores, dos seus bens e principalmente do imóvel residencial ou da pequena propriedade rural, com prejuízos irreparáveis para a família, em razão da existência de dívidas impagáveis.

9. Decorre de norma jurídica de direito substancial público a impenhorabilidade atribuída ao Bem de Família Legal, integrante de diploma impregnado de interesse público e ditado por razões de ordem pública. Objetivando a proteção da família ou da entidade familiar, ditada em cumprimento de comando constitucional esculpido pelo art. 226 da Constituição Federal.

10. A impenhorabilidade do Bem de Família Legal se dá no plano do direito material, refletindo-se essa impenhorabilidade, no plano do direito processual, por eficácia reflexa ou derivada (CPC, art. 832)[[2]](#footnote-2).

11. É dever constitucional de o Estado proteger a família. Erigida a família em base da sociedade brasileira e afirmado o dever de o Estado lhe prestar proteção especial (CF, art. 226), ela é posta como a base da democracia. E assim, efetivamente, deve ser vista, pois é em seu seio que se forma o espírito de união e de solidariedade recíproca, componentes básicos de formação, estruturação social e de manutenção do espírito do próprio Estado, bem como nela se moldam o caráter e a personalidade de seu cidadão. É a partir do núcleo familiar que se formam as comunidades e é ele que as viabiliza e lhes dá sustento, conferindo-lhes o sentido de permanência, de vida e de humanidade.

12. A noção de família, por sua vez, está fortemente assentada no lugar onde a família vive, na casa própria, no lar, no *domus*, no refúgio, no palácio ou na tapera, na mansão ou na maloca, motivo pelo qual, "*o homem sempre concebeu formas de defender o local de habitação da família, defendê-la da invasão, da perda ou da destruição. E o Direito foi, ao longo do tempo, encontrando meios de concretizar todos os tipos de defesa, da família e de seus bens, compatível com a civilização jurídica de cada época*" (J. SAULO RAMOS, *in* Bem de Família, Revista Jurídica de Osasco, volume 2/95, p.131).

13. O Bem de Família Legal dá o tom de um programa de proteção à família que a atual Constituição Federal cometeu ao Estado. E não apenas este aspecto merece ser ponderado, mas deve ele vir associado, inclusive, com o princípio da função social da propriedade, também erigido como básico pela Carta Magna. O Professor ARTHUR RIOS percebeu a íntima ligação de complementação que existe entre o disposto no artigo 226 e aquele previsto no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal[[3]](#footnote-3). A visão conjunta dos referidos dispositivos constitucionais permite a formação de uma concepção escorreita do Bem de Família Legal e uma sua aplicação de acordo com os propósitos que nortearam a edição da Lei nº 8.009/90.

14. Escreveu com a autoridade que se lhe reconhece o mencionado articulista: "*A atual Constituição Federal direciona-se e faz ver um novo programa estatal de proteção da família. A questão conjuga-se com o conteúdo do artigo 5º, nº XXIII, isto é: 'a propriedade atenderá a sua função social', imbricado com o artigo 226, caput: 'A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado'. O Estado, com total destaque, deve proteger a família, e à evidência não se pode pensar em proteção da família dispensando a defesa ao local de residência da mesma, ou seja, a sua habitação, a propriedade destinada à sua sede, ou então aquela destinada à sua essencial subsistência. Lançou-se, assim, um programa constitucional de proteção do Estado, onde o bem de família figura como um dos seus vetores adequados de proteção da consagrada base da sociedade. Tanto o artigo 5º, nº XXVI, da Constituição Federal (impenhorabilidade da pequena propriedade rural), como a Lei nº 8.009/90 (impenhorabilidade da residência da família), com as condicionantes que a acompanham, nada mais são do que cumprimento do programa constitucional de proteção prioritária à família brasileira. A função social da propriedade, o destino que se lhe impõe, pode produzir a 'impenhorabilidade' ou a sua defesa, pelas razões maiores ali existentes. O conceito do instituto é muito amplo, abarcando a propriedade destinada à residência do grupo familiar, o abrigo da família, proporcionador do seu bom desenvolvimento. Abre-se a faceta de uma outra função social: a de proteção da família, tornando impenhorável aquilo que é destinado a seu teto ou à sua subsistência (área limitada como pequena propriedade rural)*.”

15. Prossegue o constitucionalista RIOS:

"*A ideia de 'função social' é evolutiva, alterando-se conforme as mutações da estrutura da sociedade, chegando-se à atual proteção da residência ou da pequena propriedade rural, tendo-se em vista, sem dúvida, as explorações, pressões e ganância do mundo dos credores, colocando aqueles imóveis como alvos principais das apreensões judiciais, promovendo uma conturbação familiar para satisfação rápida e urgente dos interesses às vezes não muito líquidos e certos.*

*Se asseguramos o 'direito à propriedade' diferente da 'coletivização estatal', na realidade temos que garantir naquele direito não só as obrigações decorrentes do mesmo, mas também a defesa do destino e finalidade especial que tem. É o interesse público e o interesse da entidade que é a família, diante do interesse do ente credor ou do ente devedor sobrepondo-se aqueles aos últimos.*

*O caráter de uso e proteção da família como residência ou como base de produção do mínimo essencial (propriedade rural) é, assim, excludente da expropriação por débitos firmados pelo proprietário ou chefe da família. É o fator impeditivo, tendo-se em vista o bem maior constitucional, que é o de proteção da base social que é a família*" (ARTHUR RIOS, O Bem de Família no Direito Brasileiro, in Revista de Direito Imobiliário, volume 28, p. 70/71).

16. E arremata: "*É evidente que na 'especial proteção da família' envolve-se o exercício do direito da 'permanência do lar' ou da 'casa de habitação' ou da 'habitação', pois uma família que não tenha o lar, a 'casa' ou o 'lugar de habitar', com evidência, não tem razoáveis condições de estabilidade para ser a base da sociedade. Se é alicerce desestruturado, desestruturado está o que vem com base naquele (sociedade)*" (ARTHUR RIOS, O Bem de Família no Direito Brasileiro, *in* Revista de Direito Imobiliário, volume 28, p. 70/71).

17. Logo, a residência hoje é um direito, o direito de moradia, que se acosta no artigo 5º, nº XXIII, da Constituição Federal; *'a propriedade atenderá a sua função social'*, como *'direito individual, coletivo, político e social*'. Ora, a propriedade residencial quando deixa de ser de uso da família por um azar do destino, deixando-a ao desabrigo, para atender dívidas estranhas, com toda evidência está deixando de ter a sua função social duplamente: seja como propriedade, seja como abrigo da família.

18. Com isso, a Lei nº 8.009/90 afastou a possibilidade de se prestar como garantia de vindoura execução a moradia da família, da entidade familiar, garantindo, em consequência, ambiente próprio para um desenvolvimento harmônico, elemento esse elevado pela Constituição à condição de pilastras básicas da sociedade brasileira (artigo 226).

19. Desse modo, "*quaisquer que tenham sido as razões que, de fato, justificaram a sua expedição, releva acentuar que se reveste de extraordinária expressão social e econômica, na medida em que preserva a sagrada residência da família como bem necessário à consecução de seus objetivos, na salvaguarda da instituição contra negócios malsucedidos de um de seus membros, beneficiando, consequentemente, os menos favorecidos pela fortuna*" (CARLOS ALBERTO BITTAR in A Impenhorabilidade do Bem de Residência, Revista dos Tribunais 687:223/224).

20. Aqui, com o falecimento da mãe, instantaneamente se transmitiu *ipso iure* o domínio e a posse dos bens para as filhas-únicas herdeiras (artigo 1.572, Código Civil)[[4]](#footnote-4) que sempre ocupavam o imóvel que se destinava à residência.

21. Nesse imóvel sempre foi mantida a destinação originária de servir de residência para a falecida mãe e filhas, com o que, observado o sentido, o objetivo e os fins sociais maiores que nortearam a edição da Lei, conjugada com princípios constitucionais, deve entender-se subsistir a impenhorabilidade do único imóvel residencial onde residem as filhas.

22. Destarte, pela exegese da Lei nº 8.009/90, art. 1º, *caput* com invocação dos artigos 226 e §§, 5º, inciso XXIII, 3º, inciso I, última parte, da Constituição Federal e artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, *data venia*, não se há de falar em preclusão.

23. Desnecessário bisar os vários precedentes do nobre desembargador, coadunado com o entendimento único do colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da impenhorabilidade do imóvel residencial, cujas ementas e íntegras dos acórdãos já se encontram congregados nos autos.

24. Restringe-se esse boquejo para abranger as matérias pertinentes à preclusão e à impossibilidade de se indisponibilizar um bem de família, sob pena de malferir às disposições contidas na legislação maior e infraconstitucional *suso* enfocadas.

25. A PROVA de que as filhas da falecida ...residem no imóvel encontram-se escancaradas e à multiplicidade de documentos nos autos, não tendo o apelante NADA provando ao contrário. E nem poderia, pois é a realidade.

-II- A ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO DO IMÓVEL DO SÓCIO FALIDO PARA A FALECIDA ... OCORREU NOS IDOS DE “...”, OU SEJA, LAVRADA HÁ ... (...) ANOS ATRÁS DA DECISÃO CONCESSIVA DO ARRESTO DOS BENS DO DOADOR (“...”) -

 É UM ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO, GERANDO DIREITOS E OBRIGAÇÕES PARA AS PARTES –

NÃO HAVIA QUALQUER FATO IMPEDITIVO OU QUE PUDESSE SER CONSIDERADO FRAUDE CONTRA CREDORES OU À EXECUÇÃO QUANDO SUCEDEU A TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DO IMÓVEL VIA DOAÇÃO NO ANO DE ...

O REGISTRO POSTERIOR DA DOAÇÃO NÃO RETIRA OS DIREITOS ADVINDOS DO ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO DA ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO LAVRADA EM "...",

CLAUSULADA COM IMPENHORABILIDADE E INALIENABILIDADE

26. *Permissa venia*, sem maiores delongas, pois o tema foi exaustivamente colocado na resposta recursal, urge enfatizar que o ato do “*registro imobiliário*” nada mais é do que a forma legal de se revestir uma aquisição originária de propriedade imobiliária (arts. 167 e 168 da Lei n. 6.015/73).

27. O que interessa saber para identificar a efetiva propriedade do imóvel É O NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE QUE DELE DERIVOU O DIREITO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA.

28. E esse negócio jurídico representativo da transferência de propriedade do apartamento ...da Av. ... está configurado na ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO DE IMÓVEL LAVRADA EM “...” PERANTE O CARTÓRIO DO ...º OFÍCIO DE NOTAS DE ..., LIVRO N. ..., FLS. ...

29. Como se sabe, uma “*ESCRITURA PÚBLICA*” é o documento ou instrumento, em que se materializa o ato jurídico ou contrato, praticado ou ajustado entre pessoas, como elemento probatório das obrigações nele contidas.

30. Melhor define DE PLÁCIDO SILVA: “*a escritura possui, justamente, a função de fixar os fatos ocorridos a respeito de ajuste ou contrato, tornando-se, por isso, a DEMONSTRAÇÃO LITERAL OU ESCRITA, de tudo que se fez, seja para assumir uma obrigação ou seja para determinar a execução de outro ato qualquer*”[[5]](#footnote-5).

31. Assim, o ato jurídico perfeito e acabado da doação realizada por ...à inventariada nos idos de “...” seguiu o rigor legal hoje ratificado pela dicção do art. 538 do Código Civil de 2.002, “*considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere seu patrimônio bens ou vantagens para outra*”. E mais adiante, o art. 541 *caput* orienta que “*a doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular*”.

32. *In casu*, a doação lavrada através de instrumento público, transferiu o patrimônio (apt. ...) para a inventariada ..., cumpriu rigorosamente as normas legais dos arts. 538 e 541 do Código Civil/2.002, que nada alteraram nesse particular quanto aos arts. 1.165/1.187 do Código Civil/1.916.

33. E a escritura pública de doação é um negócio jurídico em sua essência, na qual o doador direcionou sua vontade de transferir a propriedade para a donatária, dentro de sua autonomia privada manifestada naquele documento lavrado há ... (...) anos atrás.

34. Interessa anotar que quando a escritura pública de doação foi lavrada em “...” NÃO HAVIA QUALQUER FATO IMPEDITIVO EM RELAÇÃO AO DOADOR QUE CARACTERIZASSE FRAUDE À EXECUÇÃO OU MESMO FRAUDE A CREDOR.

35. Há um interregno de ... (...) anos entre a lavratura da escritura e a decisão que ordenou o arresto dos bens do donatário --- ...a ...

36. Por isso, não tem vigor a alegação simplista do apelante de que antes do registro da escritura pública de doação (ocorrido em ...) o imóvel pertencia ao doador, ...

37. Como dito alhures, e em consonância com o art. 538 do Código Civil/2.002, “*A DOAÇÃO É UM CONTRATO QUE TRANSFERE BENS DO PATRIMÔNIO DO DOADOR*”. É isso que diz a lei.

38. A jurisprudência sedimentou para a permissibilidade de terceiros não integrantes da lide, munidos de simples contratos de compra e venda, ingressarem em juízo para defesa do direito de propriedade, afastando constrições judiciais que se encontravam em nome de devedores. Essa é a concatenação do enunciado pela Súmula 84 do STJ: "*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*”.

39. Portanto, O FATO ÚNICO DA INVENTARIADA NÃO TER REGISTRADO A ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO DO IMÓVEL, lavrada há ... (...) anos atrás, NÃO LHE RETIRA O DIREITO DE AFASTAR O ARRESTO SOBRE IMÓVEL HOJE DE PROPRIEDADE DE SUAS FILHAS, OBJETO DO INVENTÁRIO EM TRÂMITE NA COMARCA DO ..., NELE RESIDINDO AS FILHAS DA INVENTARIADA, *permissa venia*.

40. Inúmeras as decisões em casos idênticos ao *sub oculli*:

“*APCIV 2.0000.00.457494-3/000*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 04/06/2005*

*EMBARGOS DE TERCEIRO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - CONTRATO PARTICULAR NÃO REGISTRADO - EFICÁCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - IMPOSIÇÃO LEGAL - MOTIVOS ENSEJADORES DA DEMANDA - APURAÇÃO NA FIXAÇÃO DA VERBA - IRRELEVÂNCIA. - A aquisição de imóvel por terceiro de boa-fé através de contrato particular de compra e venda não registrado é eficaz se antecedeu ao ato de constrição e é comprovada por documentos não impugnados. - Sendo a condenação em honorários advocatícios decorrência lógica do princípio da sucumbência, segundo o art. 20 do Código de Processo Civil, que determina que incumbe ao vencido arcar com os ônus dos honorários e custas processuais, é de se impor tal condenação independentemente de se apurarem os motivos ensejadores da propositura da ação*.”

“*APCIV 1.0261.02.014579-1/001*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 24/05/2006*

*APELAÇÃO - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO - SÚMULA 84 DO STJ - COMPROVAÇÃO DA POSSE - CLÁUSULA CONTRATUAL - INSUFICIÊNCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE. - Em sede de embargos de terceiro fundado em contrato de promessa de compra e venda sem registro, sua procedência está a depender da efetiva comprovação da posse exercida sobre o bem, sendo insuficiente para tal mister a simples existência de cláusula contratual neste sentido*.”

“*APCIV 1.0024.04.337208-5/001*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 13/06/2006*

*APELAÇÃO - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO - COMPROVAÇÃO DA EFETIVA REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO - INEXISTÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC - Em sede de embargos de terceiro fundado em contrato de promessa de compra e venda sem registro, sua procedência está a depender da comprovação da efetiva realização do negócio, o que se revela através da demonstração da posse exercida sobre o bem. - Nas causas em que não há condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de modo equitativo pelo magistrado, conforme o artigo 20, §4º, do CPC, sendo irrelevante o valor da causa*.”

“*APCIV 2.0000.00.489011-1/000*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 27/09/2005*

*APELAÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - ARRESTO DE BEM IMÓVEL - AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEPOSITÁRIO E DE INTIMAÇÃO DOS ARRESTADOS - MATÉRIA QUE DEVE SER ARGÜIDA NO PROCESSO EM QUE OCORREU A CONSTRIÇÃO - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO - SÚMULA 84 DO STJ - COMPROVAÇÃO DA POSSE - ÔNUS SUCUMBENCIAIS - PARTE VENCIDA NOS EMBARGOS. - Eventuais nulidades do ato de arresto devem ser arguidas nos autos do processo em que ocorreu a medida, caso contrário estar-se-ia privilegiando a torpeza da parte, que num processo pretende a validade da medida de constrição judicial, e em outro, sua nulidade. - Em sede de embargos de terceiro fundado em contrato de promessa de compra e venda sem registro, sua procedência está a depender da efetiva comprovação da posse exercida sobre o bem. - Os ônus sucumbenciais caberão à parte vencida nos embargos de terceiro*.”

“*APCIV 2.0000.00.462320-1/000*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 27/04/2005*

*APELAÇÃO - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO - SÚMULA 84 DO STJ - COMPROVAÇÃO DA POSSE - CLÁUSULA CONTRATUAL - INSUFICIÊNCIA - IMPENHORABILIDADE - BEM DE FAMÍLIA - AUSÊNCIA DE PROVA. - Em sede de embargos de terceiro fundado em contrato de promessa de compra e venda sem registro, sua procedência está a depender da efetiva comprovação da posse exercida sobre o bem, sendo insuficiente para tal mister a simples existência de cláusula contratual neste sentido. - A assertiva de que o imóvel penhorado é bem de família também está sujeita a comprovação nos autos, sob pena de desconsideração*.”

“*APCIV 2.0000.00.457494-3/000*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ04/06/2005*

*EMBARGOS DE TERCEIRO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - CONTRATO PARTICULAR NÃO REGISTRADO - EFICÁCIA -*

*- A aquisição de imóvel por terceiro de boa-fé através de contrato particular de compra e venda não registrado é eficaz se antecedeu ao ato de constrição e é comprovada por documentos não impugnados*.”

“*APCIV 1.0701.05.123865-0/001*

*Relator: SILAS VIEIRA*

*DJ 08/05/2009*

*APELAÇÃO - CONTRATO DE PERMUTA - REGISTRO - DESNECESSIDADE - PENHORA DESCONSTÍTUÍDA - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 84 DO STJ - RECURSO PROVIDO. Se o terceiro/embargante prova a tradição e a posse do imóvel, objeto de constrição judicial no feito executivo em que não seja parte, procedem os embargos de terceiro, independentemente do registro da permuta no órgão competente. Inteligência da súmula n. 84 do STJ*.”

“*APCIV 2.0000.00.335376-4/000*

*Relator: SILAS VIEIRA*

 *DJ 23/06/2001*

*PENHORA. IMÓVEL. COMPRA E VENDA. ESCRITURA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. - Procede a ação de embargos de terceiro, quando verificado que o imóvel constritado fora alienado a terceiro, inclusive com a lavratura de escritura pública, antes da citação do executado para a ação onde foi formalizada a penhora combatida, sendo que a ausência do registro imobiliário, por si só, não constitui óbice à pretensão do autor-embargante, máxime se dos autos extrai-se que este detinha a posse do imóvel litigioso. - Para configuração da fraude a execução a que alude o inciso II, do artigo 593, do CPC, é indispensável a prova da insolvência do executado, cujo ônus compete ao exequente*.”

“*APCIV 2.0000.00.306292-8/000*

*Relator: SILAS VIEIRA - DJ 22/08/2000*

*EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO - IMISSÃO DE POSSE - CABIMENTO - PROMESSA DE COMPRA E VENDA. - Sendo a imissão na posse ato estranho ao feito executivo, o terceiro-possuidor que somente toma ciência da constrição sobre imóvel que ocupa quando da intimação para desocupá-lo, não está adstrito ao prazo declinado na parte final do artigo 1048 do CPC. - Em sede de embargos de terceiro, admite-se a defesa da posse fundada em promessa de compra e venda celebrada anteriormente à penhora, ainda que não registrado o respectivo contrato, porquanto o art. 1046, parágrafo 1º, do CPC protege tanto o proprietário quanto o possuidor*.”

41. Lapidar o voto proferido pelo Des. Dárcio Lopardi Mendes em caso análogo:

“*APCIV 2.0000.00.513617-0/000*

*Relator: DÁRCIO LOPARDI MENDES*

*DJ 20/09/2005*

*TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE - ESCRITURA PÚBLICA - REGISTRO DE IMÓVEIS - FRAUDE DE EXECUÇÃO - CITAÇÃO.*

*Somente caracteriza a fraude de execução a alienação de bens que reduza o devedor à insolvência, após citação válida, não ocorrendo quando a propriedade é transmitida através de escritura pública antes da constituição do débito, independentemente de sua averbação no registro de imóveis*.”

O Des. Dárcio Lopardi Mendes remarcou em seu voto condutor que o fato de não se ter registrado a escritura pública não afasta o direito de propriedade do imóvel, quando a transferência dominial tenha ocorrido em tempos que não se encontram caracterizados a fraude à execução (citação válida) ou fraude contra credores.

O voto é ilustrado com boa doutrina, posicionamento jurisprudencial do TJMG e STJ.

Indispensável a sua leitura, *in litteris*:

“*Em razões recursais, alegam os embargantes/apelantes, que adquiriram o imóvel e tomaram posse em 10 de dezembro de 1996, conforme escritura de compra e venda nos autos e a penhora somente ocorreu em novembro/2000 e a confissão de dívida que sustentou a execução é datada de 18 de agosto de 1997, não havendo, assim, fraude à execução, devendo ser reformada a sentença, com o provimento do recurso.*

*Nos termos do artigo 593, inciso II, do Código de Processo Civil, considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.*

*Com efeito, para caracterizar a fraude à execução são necessários dois requisitos: a existência de ação de conteúdo executivo ou condenatório e que a alienação tenha ou possa ter levado o devedor à insolvência, desconsiderando, no caso, se o adquirente adquiriu o bem de boa ou má-fé.*

*Quanto à 'existência da ação', tem considerado a boa doutrina e a jurisprudência de maior consideração, aplicando os artigos 263, segunda parte e 219, ambos do Código de Processo Civil, que necessita da formação da relação triangular, ou seja, requer a litispendência, existe a ação para o artigo 293, somente após a citação válida do réu.*

*A propósito, este Tribunal já teve oportunidade de concluir, no Agravo de Instrumento n. 233.083-4, com voto da lavra do eminente Juiz Wander Marotta, que:*

*"Para que se configure a fraude de execução, é irrelevante o fato de a alienação ser registrada antes da inscrição da penhora, pois a partir da citação do devedor, já é vedada a alienação de bens capaz de reduzi-lo à insolvência".*

*No caso em exame, conforme se vê, a execução em apenso foi distribuída em fevereiro/98, e a fiadora foi efetivamente citada no dia 26.3.98, f. 12v.-TA, sendo que o imóvel foi alienado através da escritura de compra e venda, para os embargantes em dezembro/96, consoante se vê do documento de f. 51-TA, portanto, antes da citação do devedor, não ocorrendo assim, fraude de execução.*

*Acresce, ainda, que a data da alienação e formalização da escritura de compra e venda antecede até mesmo a data da formalização da 'confissão de dívida', não havendo, a meu juízo, fraude à execução.*

*Nem se diga que o fato de não haver registrado a escritura constituiu termo para caracterizá-la, pois, apesar da máxima antiga de que quem não registra não é dono, a transmissão da propriedade já havia ocorrido e esta data é que efetivamente importa.*

*A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de concluir que:*

*"Na linha de precedentes da turma, para a configuração da fraude de execução, nos termos do art. 593, II, do Código de Processo Civil, importa o tempo da alienação do bem e não o tempo do registro". (REsp. n. 137.057/MG Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).*

*No mesmo sentido, vem a pêlo o posicionamento deste Tribunal:*

*"Ainda que o registro da compra e venda tenha se dado em data posterior ao da penhora, se antes desta já havia sido lavrada a escritura pública, e em obediência a escritura anterior à própria execução, não há, pois, que se falar em fraude à execução". (Apelação Cível n. 267.818-2, Rel. Juiz Geraldo Augusto).*

*"Para o efeito de estabelecer-se ter sido a alienação de imóvel feita ou não em fraude a execução, deve-se atentar para a data da escritura de compra e venda, e não para a transcrição, ato complementar, que depende, exclusivamente, do arbítrio do adquirente e só a ele interessa". (Agravo de Instrumento n. 226.273-7, Rel. Juiz Wander Marotta).*

*"Nos embargos de terceiro, a escritura de compra e venda, mesmo não registrada, é suficiente para demonstrar a posse do adquirente, desde que não existam provas em sentido contrário, sendo aplicável analogicamente o enunciado 84 da súmula do Superior Tribunal de Justiça". (Apelação Cível n. 338.301-9, Rel. juíza Maria Elza).*

*Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a r. sentença de primeiro grau e acolher os embargos, considerando definitiva a posse e propriedade do imóvel aos apelantes, invertendo os ônus da sucumbência.*”

42. *Mutatis mutantis*, inconcebível se falar em fraude à execução ou contra credores quando firmada a escritura pública de doação no ano de "...", HÁ ... ANOS DA ORDEM JUDICIAL DA CONSTRIÇÃO, o que inibe os efeitos de uma nulidade da doação como consagrado pelo colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“*PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE. PRESUNÇÃO. REGULAR CITAÇÃO DO EXECUTADO. IMPRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES.*

*1. A doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo que, para a configuração de venda em fraude à execução, urge-se que o então alienante tenha, anteriormente à venda, sido regularmente citado.*

*2. Indiscutivelmente, não se pode aceitar a caracterização de alienação em fraude contra execução fiscal quando o devedor não foi regularmente citado para responder pela dívida em juízo.*

*3. Para a demonstração do 'consilium' 'fraudis' não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos reipersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante.*

*4. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.*

*5. Recurso especial não provido*”. (REsp nº 31321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16/11/1999).

 “*FRAUDE DE EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Boa-fé. Não se reconhece a fraude de execução quando inexistente a inscrição da distribuição do processo de execução ou da penhora no registro imobiliário, e prova de que o terceiro, que adquiriu o bem de outros que não os executados, sabia ou deveria saber do impedimento*”. (RESP 248323 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2000/0013151-2. Fonte DJ DATA:28/08/2000. Relator Min. RUY ROSADO DE AGUIAR).

“*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE AUTOMÓVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO: NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO. Ainda que inexistente transcrição da compra e venda no registro imobiliário, pode o comprador valer-se da ação de embargos de terceiro para defesa do imóvel que adquiriu, em consonância com a orientação emanada da Súmula nº 84 do STJ, que admite os embargos fundados, até mesmo, em mero compromisso de compra e venda. Concluindo, considerando que a penhora não foi devidamente registrada no imóvel, e à míngua de prova de que o adquirente tinha conhecimento da ação executiva ou da constrição, não há falar em fraude à execução, impondo-se confirmar a validade da negociação entabulada, prestigiando assim a boa-fé do terceiro e a segurança no mundo jurídico. Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para julgar procedentes os embargos de terceiro, tornando, por corolário, insubsistente a penhora efetuada na execução em apenso*”. (RESP 162268 / RS ; RECURSO ESPECIAL 1998/0005401-4. DJ DATA:16/11/1998. Relator Min. ADHEMAR MACIEL).

43. Fechando, insta pontuar, que no ano de “...” quando lavrada a escritura pública de doação do imóvel, nem se cogitava nas alegadas irregularidades apontadas na inicial da medida cautelar de arresto, que como lido na exordial do Ministério Público, os fatos tiveram esteio na liquidação extrajudicial de ....

44. Outrossim, no que concerne à impenhorabilidade de imóvel residencial --- frise-se, o pomo da discórdia --- a impossibilidade da constrição, atinando com a *lex specialis* reguladora das diretrizes maiores da Carta Magna:

“*APCIV 1.0331.06.001818-0/001*

*Relator: SILAS VIEIRA*

*DJ 19/07/2007*

*EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - BEM IMÓVEL UTILIZADO PARA FINS RESIDENCIAIS - IMPENHORABILIDADE - DESCONSTITUIÇÃO DEVIDA - Constando dos autos que a penhora recaiu sobre o imóvel residencial do devedor e sua família, há que se desconstituir a constrição, diante da impenhorabilidade caracterizada, nos termos da Lei 8.009/90*.”

“*APCIV 1.0024.04.297382-6/001*

*Relator: SILAS VIEIRA*

*DJ 18/08/2006*

*EMBARGOS DE TERCEIRO - IMÓVEL RESIDENCIAL - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE. - Provado que a embargante reside com a sua família no imóvel penhorado, deve ser reconhecida a insubsistência do ato constritivo, já que configurada a hipótese do artigo 1.º da Lei n.º 8.009/90*.”

“*APCIV 2.0000.00.342459-9/000*

*Relator: SILAS VIEIRA*

*DJ 27/10/2001*

*EMBARGOS DO DEVEDOR. IMPENHORABILIDADE . IMÓVEL RESIDENCIAL. De acordo com o artigo 1º da Lei 6.899/81, é devida a incidência de correção monetária sobre qualquer débito judicial, inclusive sobre custas, ainda que omissa a sentença objeto da execução nesse particular. - Afigura-se impenhorável o imóvel urbano onde reside o executado juntamente com sua mãe, por aplicação do artigo 1º da Lei 8.009/90*.”

“*APCIV 2.0000.00.294793-7/000*

*Relator: SILAS VIEIRA*

*DJ 04/03/2000*

*EMENTA: EMBARGOS DO DEVEDOR - IMPENHORABILIDADE - BEM DE FAMÍLIA - JULGAMENTO ULTRA PETITA. - Extraindo-se dos elementos dos autos que o imóvel sobre o qual recaiu a constrição judicial constitui residência do casal, é de se reconhecer sua impenhorabilidade, com espeque no artigo 1º da Lei 8.009/90*.”

No mesmo sentido:

“*AI 1.0024.89.604559-8/001*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*Data da Publicação: 29/07/2008*

*BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - LEI 8009/90. RECURSO PROVIDO. Existência de elementos suficientes a corroborar a afirmação do agravante, no sentido de que o imóvel em apreço serve de residência para sua família, e como tal, impenhorável, não podendo, assim, ser alvo de constrição judicial nos termos da Lei 8.009/90. Recurso a que se dá provimento*.”

“*APCIV 2.0000.00.364196-1/000*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 10/08/2002*

*APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENHORA DE 1/6 DE LOTE - EDIFÍCIO CONSTRUÍDO POSTERIORMENTE - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE. - A Lei 8.009/90, norma de ordem pública que pode ser alegada em qualquer fase do processo, seja na execução seja nos embargos, tem como finalidade a proteção de imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar*.”

“*AI 2.0000.00.420165-0/000*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 11/02/2004*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - INDENIZAÇÃO - IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA - LEI 8009/90. Deve-se desconstituir a penhora feita sobre imóvel da família do recorrente que lhe serve de residência, até porque restado comprovado nos autos, tendo-se por preenchidos os requisitos da Lei 8.009/90, que, em seu art. 5º, considera a impenhorabilidade de bens nesta condição*.”

“*AI 1.0035.06.087351-6/001*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 04/10/2007*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA - LEI 8009/90. Deve-se indeferir pedido de penhora feita sobre imóvel do recorrido que lhe serve de residência, nos termos da Lei 8.009/90*.”

“*APCIV 1.0701.00.005816-7/001*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 23/10/2006*

*APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA - PENHORA – NULIDADE Comprovado nos autos que o imóvel constrito constitui bem de família, é de se anular a penhora*.”

“*APCIV 2.0000.00.362774-7/000*

*Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA*

*DJ 03/08/2002*

*APELAÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - BEM DE FAMÍLIA - PENHORA - NULIDADE - LEI N. 8.009/90 -HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - POSSIBILIDADE. Comprovado nos autos que o imóvel constrito constitui bem de família, é de se anular a penhora*.”

45. Dessarte, a sentença *primeva* haverá de ser mantida na sua inteira.

-III – A ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO DO IMÓVEL ESTÁ GRAVADA COM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE

46. *Rogata venia*, outro obstáculo intransponível para fins de recair a constrição judicial de aresto em "..." é de origem legal, pois clausulada a doação com inalienabilidade e impenhorabilidade, ou seja, significa dizer que jamais poder-se-ia recair o arresto sobre aludido imóvel, pelo que vem a calhar os percucientes posicionamentos dos doutos:

- WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (Curso de Direito Civil, V. 6, Direito das Sucessões, 20.ª edição., 1984, Ed. Saraiva, p. 154 à 164): “*Referentemente à cláusula de inalienabilidade, de que cogita o art. 1676, o princípio irrecusável, a regra que se impõe ao intérprete, vem a ser a do respeito intransigente à vontade manifestada pelo testador, ou doador. Estabelecido o vínculo, não pode este ser dispensado, ou invalidado, por ato judicial de qualquer espécie, sob pena de nulidade*”.

- MARIA HELENA DINIZ (Curso de Direito Civil, V. 6, Direito das Sucessões, 16ª edição., 2002, Ed. Saraiva, p. 183): “*Modernamente tem-se entendido que a inalienabilidade envolve a impenhorabilidade – se assim não fosse, o beneficiado poderia, para burlar a inalienabilidade, contrair débitos e deixar de solvê-los, aguardando a execução do credor sobre o bem gravado, podendo-se estender a impenhorabilidade aos frutos e rendimentos, mediante cláusula expressa, todavia, não se considera justo estender a inalienabilidade aos frutos e rendimentos porque o direito do beneficiado reduzir-se-ia a nada;... Por isso, o art. 1911, caput, do Código Civil reza: ‘A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade*”.

- SÍLVIO RODRIGUES (Direito Civil, V.7, Direito das Sucessões, 24ª ed., 2001, Ed. Saraiva, p.132): “*A clausula de inalienabilidade é a disposição imposta pelo autor de uma liberalidade, determinando que o beneficiário não pode dispor da coisa recebida, de sorte que o domínio que o beneficiário recebeu é um domínio limitado, pois, embora tenha ele a prerrogativa de usar, gozar e reivindicar a coisa, falta-lhe o direito de dela dispor. A cláusula, desde sua origem romana, visa a proteger o beneficiado, impedindo que por sua imprevidência ou inexperiência venha a ser despojado de seus bens e, portanto, conduzido a miséria. Ora, proibindo-se a alienação, por mais adversa que lhe seja a sorte, ao beneficiário sobrarão sempre os bens inalienáveis. Manifesto, por conseguinte, o sentido assistencial da cláusula de inalienabilidade*”.

47. E a escritura pública de doação foi regularmente registrada junto à competente matrícula n. ..., perante o Cartório do ...º Ofício de Registro de Imóveis do ... com sua cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade.

48. Portanto, a escritura pública de doação do imóvel para ...lavrada em ... de ... se assentou no mundo jurídico como um ato jurídico perfeito e acabado em toda sua amplitude[[6]](#footnote-6).

49. Por mais esse motivo, inimaginável qualquer alteração na v. sentença apelada.

50. ***Ex positis***, após a sempre atenciosa leitura de V. Exa. dessa última manifestação, requer seja NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

P. Deferimento.

(Local e data)

(Assinatura e OAB do Advogado)

1. **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: **I -** a soberania; **II -** a cidadania; **III -** a dignidade da pessoa humana; **IV** - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; **V -** o pluralismo político.

**Art. 226**. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) **§ 4º** - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (...) [↑](#footnote-ref-1)
2. **Art. 832.** Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis. [↑](#footnote-ref-2)
3. **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **XXIII -** a propriedade atenderá a sua função social; (...) [↑](#footnote-ref-3)
4. **Art. 1.572.** Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. [↑](#footnote-ref-4)
5. (De Plácido e Silva,. Vocabulário Jurídico. Vol. I. Forense: Rio de Janeiro, 1984. 190p). [↑](#footnote-ref-5)
6. Para se proceder à transferência (definitiva) da propriedade do imóvel é preciso primeiro lavrar a escritura pública. Escritura pública é um documento, que pode ser produzido em qualquer cartório de notas (tabelionato), por um agente público, que é o funcionário devidamente autorizado pelo Poder Público a exercer esta função, ou em um consulado brasileiro no exterior (art. 221, I, da Lei n. 6.015/73). [↑](#footnote-ref-6)