



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

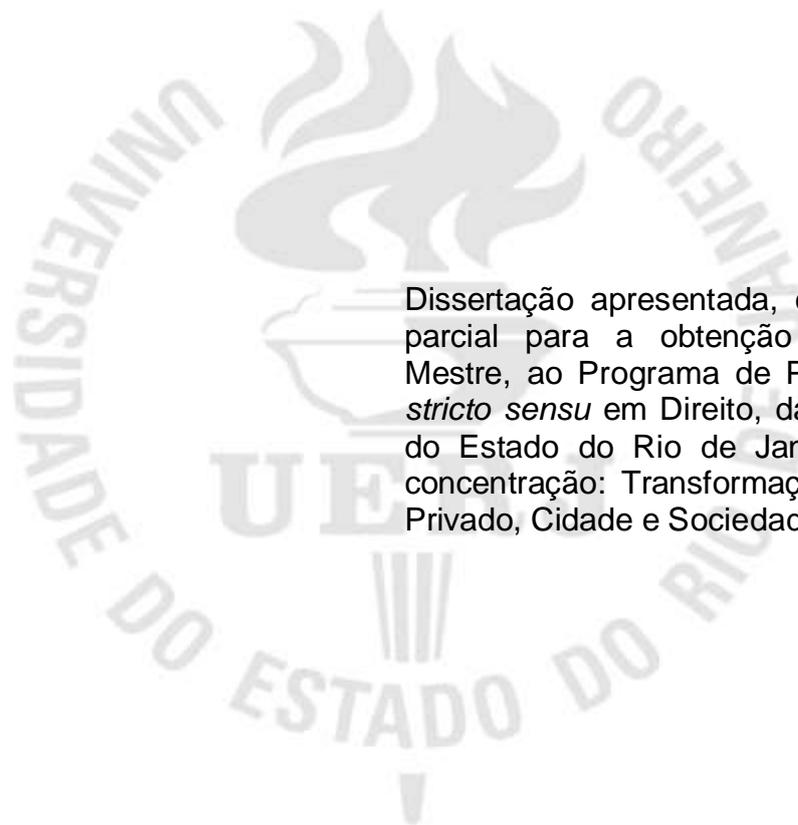
Eduardo Heitor da Fonseca Mendes

A incidência da garantia contra evicção em hastas públicas

Rio de Janeiro  
2015

Eduardo Heitor da Fonseca Mendes

## **A incidência da garantia contra evicção em hastas públicas**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M538

Mendes, Eduardo Heitor da Fonseca.

A incidência da garantia contra evicção em hastas públicas / Eduardo Heitor da Fonseca Mendes. - 2015.

112 f

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Garantia (Direito) - Teses. 2.Responsabilidade (Direito) –Teses.  
3.Leilões públicos – Teses. I.Konder, Carlos Nelson de Paula. II.  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Eduardo Heitor da Fonseca Mendes

## **A incidência da garantia contra evicção em hastas públicas**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovado em 21 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof<sup>a</sup> Dra. Gisela Sampaio da Cruz Guedes  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Pablo Waldemar Renteria  
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2015

À minha mãe, que dedicou a sua vida a  
minha criação e é a grande responsável  
por quem sou hoje.  
Ao meu pai, saudade eterna.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus.

Um agradecimento especial ao meu irmão e sócio, Luiz Mendes, pela compreensão e paciência ao longo dos últimos três anos de minha vida dedicados ao mestrado, que me tornou quase um turista em nosso escritório.

Ao meu filho, Pedro, que soube com incrível maturidade compreender os momentos de minha ausência para conclusão desse trabalho, dando-me força e apoio para continuar firme no projeto.

À minha esposa, Manuela, por todo seu apoio e, principalmente, compreensão pela minha ausência em diversos encontros familiares, casamentos e festas de amigos ao longo dos últimos três anos. Muito obrigado, meu amor.

À Dudinha, minha princesa que está a caminho, cuja notícia de sua chegada, enquanto elaborava este trabalho, trouxe-me indescritível felicidade em período cuja angústia e cansaço predominavam por conta deste compromisso.

A todos os colegas e amigos do escritório Mendes, Hall e Advogados Associados, especialmente a minha equipe, Rafaela Jotta, Gabriel Mendes, Gabriela Slaib e Juliana Mendes, pelo espírito de equipe e cooperação e por terem se desdobrado para suprir a minha ausência.

Ao professor e orientador Carlos Konder, professor exemplar e cuja humildade o torna ainda mais admirado por todos os seus alunos. Foi um privilégio tê-lo como orientador e professor em várias disciplinas. Muito obrigado por toda sua dedicação e paciência. E haja paciência!

Ao professor Gustavo Tepedino, por toda ajuda ao longo do curso de mestrado e por sua valiosa contribuição para elaboração deste trabalho com as suas lúcidas e brilhantes ponderações na banca de qualificação.

A todos os professores do curso de mestrado da UERJ, os quais foram fundamentais para minha formação acadêmica, especialmente Heloisa Helena Gomes Barboza, Anderson Schreiber e Gisela Sampaio da Cruz Guedes.

Aos queridos amigos de turma de mestrado Deborah Pereira, Fabiano de Magalhães, Fábio Azevedo, Fernanda Myanrski, Julia Castro, Luciana Mota, Raphael Donato e Thiago Sousa, por todos os bons e divertidos momentos compartilhados durante estes dois anos e meio de curso. E, também, aos amigos da turma de doutorado, especialmente Aline Valverde Terra e Demetrius Coelho.

À Sonia, responsável pela secretaria da pós-graduação da UERJ, sempre muito atenciosa e amiga de todos alunos.

Agradeço, enfim, a todos que estiveram ao meu lado durante este período de estudo intenso e que contribuíram, de alguma forma, para que este trabalho tenha sido elaborado.

## RESUMO

MENDES. Eduardo Heitor da Fonseca. *A incidência da garantia contra evicção em hastas públicas*. 2015. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Desde o Código Civil de 1916 a aplicação da garantia contra evicção em hasta pública é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência, principalmente pela divergência quanto à natureza jurídica da hasta pública, que, sob o fundamento de estar fora da categoria de negócio jurídico, impedia a incidência da garantia. Embora o art. 447 do Código Civil de 2002 disponha que subsiste a garantia nas aquisições em hasta pública, a divergência quanto à aplicação da garantia continua acesa, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça. Assim, pretende-se apresentar uma releitura da natureza jurídica da arrematação judicial, bem como que um dos fatores determinantes para a sua incidência é o modo derivado pelo qual se adquire a propriedade nesta modalidade, apresentando-se, para tanto, a diferença entre os modos originário e derivado de aquisição da propriedade e as implicações jurídicas daí decorrentes. Além disso, é necessário examinar por meio de um estudo profundo a estrutura e a função tanto da hasta pública quanto do instituto da evicção no ordenamento jurídico, para então justificar a incidência da garantia. Diante do silêncio do legislador, é necessário identificar o responsável pela garantia frente ao arrematante, aquele que suportará todas as consequências decorrentes da garantia.

Palavras-chave: Garantia contra Evicção. Hasta pública. Responsabilidade.

## ABSTRACT

MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. *The incidence of the guarantee against eviction in public auction*. 2015. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Since the Civil Code of 1916 the use of the guarantee against eviction in public auction is a controversial topic in doctrine and jurisprudence, mainly due to disagreement over the legal nature of the public auction, which, on the grounds of being out of the legal business category, prevented the incidence of the guarantee. Although article 447 of the Civil Code of 2002 provides that the guarantee remains in acquisitions at public auction, the disagreement over the application of the guarantee is still on, even for the Superior Court. Therefore, it intends to present a reinterpretation of the legal nature of the disposal of assets, as well as one of the determining factors for its incidence is the derivate mode by which the property is acquired in this modality, presenting, therefore, the difference between the ordinary and derivate mode of property acquisition and the legal implications arising therefrom. Moreover, it is necessary to look through a deep study the structure and function of both the public auction as the eviction in the legal system, to then justify the incidence of the guarantee. Given the silence of the legislator, it is necessary to identify the responsible for ensuring the guarantee for the bidder, who will support all the consequences arising from the guarantee.

Keywords: Guarantee against eviction. Public auction. Responsibility.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1</b>	<b>A QUALIFICAÇÃO DA HASTA PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PRIVADO</b>	
1.1	O procedimento de hasta pública.....	14
1.2	Natureza jurídica da hasta pública: qualificação da arrematação judicial no direito privado e a relevância do instituto da evicção para o desenvolvimento tema.....	17
1.3	Enquadramento da aquisição em hasta pública como aquisição derivada: distinção entre aquisição originária e derivada e as implicações jurídicas daí decorrentes.....	34
1.3.1	<u>Análise crítica da interpretação consolidada na jurisprudência, inclusive do STJ.....</u>	41
1.4	Função da hasta pública e suas semelhanças e diferenças com a venda voluntária.....	51
<b>2</b>	<b>A EVICÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL</b>	
2.1	A evicção como garantia em sentido amplo.....	60
2.2	Fundamento jurídico da evicção.....	63
2.3	Conceito.....	68
2.4	Privação total ou parcial da coisa decorrente de vício anterior no direito transmitido.....	74
2.5	A Sentença.....	83
2.7	Denúnciação da lide.....	85
2.8	A exclusão da garantia: aplicação do art. 448 à hasta pública.....	88
2.9	Função da garantia justifica a incidência da garantia nas vendas judiciais decorrentes de processo executivo.....	90
<b>3</b>	<b>A RESPONSABILIDADE PELA GARANTIA CONTRA EVICÇÃO EM HASTA PÚBLICA</b>	
3.1	A controversa possibilidade de resolução do contrato por evicção....	94
3.2	A problemática envolvendo a responsabilidade pela garantia em	

<b>hasta pública em razão do silêncio do legislador: a necessidade de serem estabelecidos critérios objetivos para apuração do responsável.....</b>	<b>99</b>
3.2.1 <u>Restituição do preço.....</u>	102
3.2.2 <u>Verbas indenizatórias.....</u>	105
3.2.3 <u>Condições do edital de praça.....</u>	109
3.2.4 <u>Certidões dos distribuidores para realização da praça .....</u>	110
3.2.5 <u>Distribuição do produto da arrematação.....</u>	112
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>113</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>119</b>

## INTRODUÇÃO

A evicção é instituto, com raízes antigas, que era utilizado pelos romanos como uma medida protetiva caso o uso pacífico da coisa adquirida fosse interrompido por algum vício no direito transmitido. Era instituto, portanto, relacionado ao desapossamento ou a perda material. Entretanto, com o desenvolvimento do direito e a nova função atribuída pela era das Codificações ao contrato de compra e venda, cujo objeto de transferência passou a ser o domínio e não apenas a posse, o conceito tradicional de evicção acabou sendo ampliado para proteger também a perda do domínio.

A partir das Codificações oitocentistas, a evicção passou a estar diretamente vinculada ao contrato de compra e venda, como ocorre, por exemplo, nos direitos Italiano e Francês, onde é regulamentada neste tipo contratual. No direito brasileiro, no entanto, a evicção nunca esteve vinculada ao contrato de compra e venda, tanto é que vem regulamentada nas disposições gerais dos contratos e o art. 447 do Código Civil prevê a sua incidência nos contratos onerosos, assim como ocorria no Código Civil de 1916 (art. 1.107).

Como consequência, a doutrina brasileira sempre sustentou ser a evicção um instituto com aplicação a todos os contratos onerosos cujo objeto de transmissão fosse o domínio, posse ou uso. Entretanto, o art. 447 do Código Civil inovou em relação ao Código Civil de 1916 ao prever, expressamente, a subsistência da garantia por evicção aos bens adquiridos em hasta pública. Essa ampliação foi uma grande novidade legislativa visto que o Código Civil de 1916 não possuía previsão igual ou semelhante. Ao contrário, a única previsão sobre hasta pública era no sentido de proibir a incidência dos vícios redibitórios neste tipo de aquisição, cuja regra não se repetiu no Código Civil de 2002.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a garantia por evicção vinha sendo tratada como se fosse figura exclusiva dos contratos onerosos, com forte resistência doutrinária e jurisprudencial acerca da sua aplicação quando ocorria o fato da evicção em relação aos bens adquiridos em hasta pública, cuja natureza contratual era afastada pela maioria dos autores e julgadores. Embora o

entendimento contrário tenha prevalecido durante a vigência do Código Civil de 1916<sup>1</sup>, ainda durante a sua vigência houve importante julgamento pelo STF em sentido favorável à aplicação da garantia aos bens arrematados judicialmente. Em 1945, época em que ainda era o responsável pelo julgamento de matéria infraconstitucional, o STF, por meio do RE 9.431/45, enfrentou hipótese em que houve a aquisição de um terreno em hasta pública e o adquirente teve sua propriedade desfalcada em razão de execução de hipoteca sobre parte desse terreno. O arrematante ajuizou ação redibitória contra o credor hipotecário para obter abatimento do preço com restituição parcial do valor pago e a Corte acabou enfrentando a responsabilidade por evicção, admitindo-a em hasta pública<sup>2</sup>.

No entanto, mesmo após ser proferida tal decisão, a polêmica continuou acesa e os Tribunais continuaram oscilando sobre o tema, o que, evidentemente, causou grande insegurança jurídica a este tipo de aquisição e instalou profunda divergência jurisprudencial,<sup>3</sup> que sempre girava em torno da natureza jurídica da

<sup>1</sup> Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, não enxerga a existência de negócio jurídico em matéria de arrematação, como se verifica da seguinte passagem extraída de sua obra: “A arrematação, no entanto, não é um contrato, mas uma desapropriação, de sorte que não se pode falar em responsabilidade contratual como é a da garantia da evicção”. (Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 216).

<sup>2</sup> Ementa: “I - RECLAMAÇÃO CONTRA FALTA DE ÁREA EM IMÓVEL ARREMATADO EM PRAÇA JUDICIAL, EMBORA JA DEFINITIVAMENTE AFASTADA A ASSEMBELHAÇÃO DESSE CASO AO DE VÍCIO REDIBITORIOS POR ANTERIOR DECISÃO DESTA CORTE. II - NATUREZA DA HASTA PÚBLICA E SUA VULNERABILIDADE POR CASSAÇÃO DA SENTENÇA EXEQUENTE, EVICÇÃO OU VÍCIOS DE FATO. III - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO EXPRESSA DA LEI E VACILAÇÃO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO E DISCRIMINAÇÃO DE LEILÃO E PRAÇA, ESTA EM FEITOS CONTENCIOSOS OU ADMINISTRATIVOS. IV - COMPORTAMENTO DO DIREITO ESTRANGEIRO QUANTO AO DESFAZIMENTO DE VENDAS JUDICIAIS POR FALTA DE QUANTIDADE DO IMÓVEL ADQUIRIDO. V - RESPONSABILIDADE DO EXEQUENTE E DO EXECUTADO PELA EVICÇÃO OU FALTA DE ÁREA. VI - CONSEQUENCIA DIRETA DA ANULAÇÃO OU "ACTIO IN REM VERSO", COM OU SEM NOTIFICAÇÃO PREVIA AO EXEQUENTE. VII - EXCLUSAO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR MOTIVOS DE FATO, INACESSIVEIS AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, ALIAS, NÃO CARACTERIZADO ANTE O SEGUNDO FUNDAMENTO ADOTADO PELA JUSTIÇA LOCAL E BASTANTE PARA AFASTAR SEU PROVIMENTO”. Confira-se trecho do voto do Ministro Philadelpho Azevedo “Outro motivo que conduz à rescisão da praça é a evicção sempre admitida aqui, como no estrangeiro, embora às vezes revestida de outra fisionomia, ou com restrições graves, como a (...) adotada com apoio na força probante do registro, em prol de terceiros de boa-fé (...)”.

<sup>3</sup> Confira-se, pois, o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível 588.034.363, julgada em 09 de agosto de 1988, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, composta pelos então Desembargadores Lio Cezar Schmitt, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Sérgio Pilla da Silva, cujo trecho do voto do Des. Relator assim se pronuncia sobre a questão: “Não há falar-se em evicção e responsabilidade pelos riscos da evicção quando o bem adquirido e perdido por sentença judicial o foi em Hasta Pública (adjudicação). Na hasta pública (praça, leilão) inexistente contrato oneroso. É ela uma forma de expropriação, através do qual se dá a transferência forçada dos bens. O devedor que tiver bem expropriado por força da expropriação estatal em hasta pública não responde pelos riscos da evicção. Da mesma forma na adjudicação feita pelo credor, porque também ato expropriatório executivo”. (Código Civil nos Tribunais, organizado por Darcy Arruda Miranda, Darcy Arruda Miranda Jr. E Alfredo Luiz Kugelmas, 1993, Editora Jurídica Brasileira, p. 6351).

hasta pública e da necessidade ou não de haver um contrato oneroso e, conseqüentemente, venda voluntária por parte do vendedor para incidir a garantia, o que não acontecia na arrematação judicial que, normalmente, era vista como um ato coercitivo promovido pelo Estado.

Entretanto, quando o atual Código Civil entrou em vigor, imaginou-se que tal instabilidade restaria superada em razão do disposto no art. 447 que trouxe previsão expressa a favor da subsistência da garantia aos bens adquiridos em hasta pública, embora sem estabelecer o seu responsável. Todavia, mesmo com o novo dispositivo, as divergências continuam e o tema é frequentemente abordado com opiniões distintas, na jurisprudência e na doutrina, situação que continua causando uma enorme insegurança jurídica neste tipo de modalidade aquisitiva.

Atualmente, como será visto mais adiante, é possível defrontar-se com os seguintes posicionamentos sobre a aplicação da garantia contra evicção em hasta pública: i) pela aplicabilidade da garantia sob o fundamento de existir previsão legislativa expressa (art. 447 do CC/02); ii) pela aplicabilidade apenas nas aquisições decorrentes de processo de jurisdição voluntária devido ao caráter contratual destas; iii) pela inaplicabilidade diante da incompatibilidade do instituto, que teria a sua aplicação restrita aos contratos onerosos, com o que não seria compatível a natureza jurídica da hasta pública.

Diante deste cenário, que causa apreensão e insegurança jurídica a este tipo de modalidade aquisitiva da propriedade, viu-se a necessidade de o tema ser enfrentado sob uma nova perspectiva, levando em conta não apenas a estrutura dos institutos jurídicos sob análise como também os seus aspectos funcionais e a metodologia civil-constitucional.

Para tanto, será proposto, em primeiro lugar, uma releitura da natureza jurídica da hasta pública, demonstrando as principais divergências sobre o tema e a necessidade de um novo enquadramento jurídico diante da evolução que o próprio direito sofreu no último século e da complexidade de tal procedimento judicial, em substituição das opiniões até então prevalentes e constantes dos manuais de direito processual, onde o tema é abordado.

Posteriormente, apresentar-se-á um estudo sobre os modos aquisitivos da propriedade (originária e derivada), buscando o enquadramento da arrematação judicial decorrente de processo executivo dentro da modalidade correta. Este tópico

---

tem especial relevância diante da análise crítica desenvolvida em relação a jurisprudência predominante nos Tribunais do país, inclusive no Superior Tribunal de Justiça.

No último tópico do primeiro capítulo, buscar-se-á examinar a venda forçada sob uma perspectiva funcional, demonstrando os seus principais efeitos e as semelhanças com o contrato de compra e venda voluntário, realizando-se um cotejo entre algumas normas e institutos incidentes neste tipo contratual, que, em princípio, podem ser aplicadas aos bens adquiridos por meio de arrematação judicial em hasta pública.

O segundo capítulo destina-se à análise do instituto da evicção, apresentando o seu conceito, fundamento jurídico, requisitos, características e demais questões envolvendo o tema, sempre sob uma perspectiva funcional e demonstrando a sua compatibilidade com os bens adquiridos em hasta pública.

O terceiro e último capítulo tem por finalidade, após a demonstração de compatibilidade entre o instituto da evicção e o procedimento da hasta pública, examinar o arcabouço jurídico aplicável a esta modalidade aquisitiva, fornecendo alguns parâmetros para indicação do responsável pela garantia em hasta pública dentre aqueles possíveis, quais sejam: exequente/credores, executado/proprietário do bem submetido a venda judicial e o Estado.

Registre-se que o objetivo deste trabalho é o estudo da garantia por evicção em relação aos bens imóveis adquiridos em hasta pública decorrentes de processo de execução ou cumprimento de sentença perante o Poder Judiciário, não sendo por exemplo objeto de abordagem a evicção de bens móveis em hasta pública ou de bens imóveis oriundos do procedimento de leilão previsto na lei de alienação fiduciária.

## **CAPÍTULO PRIMEIRO: A qualificação da hasta pública sob a perspectiva do direito privado**

### **1.1. O procedimento de hasta pública**

Nas relações privadas, quando ocorre lesão a algum direito patrimonial, e esta não é reparada espontaneamente, nem mesmo depois de uma condenação judicial, o instrumento que o ordenamento jurídico confere ao lesado é aquele de atuar, contra a vontade do devedor, sobre seu patrimônio.<sup>4</sup> Trata-se do princípio segundo o qual o patrimônio do devedor serve como garantia geral de adimplemento.<sup>5</sup> A responsabilidade patrimonial atuará sobre a esfera de liberdade do devedor, ou seja, coativamente sobre o seu patrimônio. O rigoroso procedimento judicial que viabiliza essa responsabilização patrimonial, permitindo ao executado todos os meios legais de defesa, culmina na hasta pública.

Hasta pública<sup>6</sup>, de acordo com Humberto Theodoro Júnior, consiste no pregão através do qual o Poder Público anuncia, publicamente, os bens a alienar, convocando os interessados a fazer seus lances.<sup>7</sup> Logo, pode-se concluir que a hasta pública é o procedimento público para alienação de bem penhorado a favor daquele que oferece o melhor lance, a menos que alguém desfrute de direito de

---

<sup>4</sup> TEPEDINO, Gustavo e SCHEREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*, vol. IV. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 349. “Superou-se a antiga idéia romana de que a obrigação submetia o devedor ao benefício exclusivo do credor, que conservava o poder de atingir inclusive a integridade física e a própria vida do titular do débito. A *Lex Poetela Papila* (326 a.C.) limitou a responsabilidade civil ao âmbito patrimonial e banuiu do direito as agressões corporais empregadas pelos povos antigos como meio alternativo de satisfação do crédito. Desde então, apenas o patrimônio do devedor responde pelo eventual inadimplemento de suas obrigações. Em outras palavras, apenas os bens do devedor podem ser executados como forma de satisfação do crédito”.

<sup>5</sup> Art. 391 do CC: “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Art. 591 do CPC “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo restrições estabelecidas em lei”.

<sup>6</sup> É comum na prática forense o uso indiscriminado das expressões “Leilão Judicial”, “Hasta Pública” e “Praça”, no que diz respeito às vendas judiciais de bens móveis e imóveis. Segundo Alexandre Câmara a expressão hasta pública vem do Direito Romano. Em Roma, o ato de lançar (hasta) se realizava na praça, com uma lança afixada no chão. Embora atualmente não exista mais esta solenidade, mantém-se o nome do ato. Entretanto, existem duas espécies de hasta pública, uma é a praça, para alienação de bens imóveis, e a outra é o leilão, para alienação de bens móveis (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, 21 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 336). O novo Código de Processo Civil suprimiu a expressão “hasta pública” e passa a utilizar apenas leilão.

<sup>7</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 857, p. 226

preferência<sup>8</sup>, com a finalidade de transformá-lo em dinheiro para pagamento do débito judicial, retornando-se eventual saldo ao executado.

Para que o bem seja submetido à hasta pública é necessário o preenchimento de alguns requisitos. O primeiro requisito é a realização da penhora sobre o bem que será alienado judicialmente. A penhora é uma constrição judicial sobre determinado bem do devedor que não efetua o pagamento da quantia fixada em sentença judicial ou oriunda de título executivo extrajudicial, com a finalidade de transformá-lo em dinheiro.<sup>9</sup> Portanto, havendo um crédito a ser recebido, o credor requer ao juiz, nos autos de uma ação judicial, caso não haja o pagamento voluntário da dívida, a penhora de um ou mais bens que compõem o patrimônio do devedor para satisfação do crédito perseguido. Realizada a penhora de bem imóvel lavra-se o auto de penhora (art. 659, §4º CPC)<sup>10</sup>, averba-se a constrição judicial na matrícula imobiliária (CPC, art. 659, §4ª) e realiza-se à avaliação judicial (CPC, art. 680 e 681).<sup>11</sup> Depois de homologada a avaliação judicial, o autor da ação, nos termos do art. 706 do CPC<sup>12</sup>, tem a faculdade de indicar o leiloeiro de sua confiança que, nomeado pelo Juízo, será intimado para dar início aos trabalhos, visando submeter o bem penhorado à hasta pública.

É imprescindível a elaboração e publicação de editais de praça que conterão, nos termos do art. 686 da lei processual, a descrição do bem penhorado com as suas características, situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros; o valor do bem; o dia e hora da hasta pública; menção de existência de ônus, recursos ou causa pendentes sobre os bens a serem arrematados; e a comunicação de que, se os bens não alcançarem lance superior à avaliação, seguir-se-á, em dia e hora desde logo designados, a sua alienação pelo maior lance. Pode ocorrer, portanto,

---

<sup>8</sup> Ementa: “Apelação Cível. Embargos de Arrematação. Preliminares afastadas. Tempestividade. Não há inépcia da inicial, pois comprovadamente corrigida a tempo. Cabíveis os Embargos. Todos os condôminos têm legítimo interesse sobre o bem comum, objeto da demanda. Direito de preferência. Princípio da igualdade das partes. Não houve a intimação pessoal, que daria ao condômino o direito à preferência do bem. No primeiro leilão observar-se-á o lance equivalente ao preço da avaliação e, ocorrendo o segundo, só se frustrado o primeiro, efetuar-se-á a venda a quem mais der. Preço vil adquirentado de acordo com as circunstâncias da causa, pois inferior à metade do valor avaliado. Jurisprudência nesse sentido. Sentença reformada. Inversão do ônus sucumbenciais. Provimento do recurso”. (Apelação Cível n. [0018457-18.1999.8.19.0000](#), Rel. Manoel Carpena Amorim, 8ª CC do TJ/RJ, julg. em 14/12/1999. Publ. DJ. 17/03/2000).

<sup>9</sup> Segundo Araken de Assis a penhora é “ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo. (ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.697)

<sup>10</sup> Correspondeste aos arts. 838 e 845 § 1º do Novo Código de Processo Civil.

<sup>11</sup> Correspondeste aos arts. 870 e 872 do Novo Código de Processo Civil.

<sup>12</sup> Correspondeste ao art. 883 do Novo Código de Processo Civil.

que o ato de expropriação seja composto por duas praças, a primeira na qual o bem somente pode ser arrematado por valor igual ou superior ao da avaliação judicial, e a segunda, caso não haja licitante na primeira, pelo maior lance, desde que não seja por preço vil.

Embora o art. 692 do CPC<sup>13</sup> estabeleça que não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil, não regula o referido dispositivo qual o valor considerado como mínimo aceito em segunda praça ou leilão. A jurisprudência, contudo, tem se posicionado no sentido de considerar vil o lance que seja inferior a 50% do valor da avaliação.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> O novo Código de Processo Civil corrige essa falha e prevê que o valor mínimo para aquisição deve constar do edital, sendo fixado pelo juiz e não ser inferior a 50%, conforme arts. 886, II e § U do art. 891.

<sup>14</sup> Ementa: “Processo civil. Recurso especial. Hasta pública de bem imóvel. Intimação do devedor que pode se realizar por hora certa. Arrematação por preço inferior a 25% da avaliação. Preço vil caracterizado. Conforme a redação que a Lei 8.953/94 deu ao art. 686, §5o, do CPC, admite-se que o executado seja intimado sobre a realização de hasta pública por hora certa quando atendidas as exigências do art. 227 do CPC. Em que pese a primazia da efetividade, o processo não é propriedade do credor e não se propõe a lhe satisfazer todos os caprichos. Nesse contexto se insere o art. 692 do CPC. Ao impedir o preço vil, esse dispositivo de lei impõe a arrematação por preço justo. Tem-se dito que esta é verdadeira proibição à lesão processual. O princípio da igualdade dos cidadãos faz com que, na esfera civil ou processual, não se dê amparo à espoliação do patrimônio alheio. O inadimplemento não dá ao credor o direito de enriquecer-se às custas do devedor, adquirindo por preço de bagatela bem valioso. Considera-se vil e nula a arrematação feita por preço inferior a 25% do valor justo apontado em avaliação judicial. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1024001/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julg. em 18/08/2009, Publ. DJ. 01/09/2009). Ementa: “AÇÃO ANULATÓRIA DE ARREMATACÃO JUDICIAL DISTRIBUÍDA POR DEPENDÊNCIA À AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRAÇA. ATO INVASIVO DA ESFERA PATRIMONIAL DO EXECUTADO. ALEGAÇÃO DA PARTE AUTORA DE QUE O IMÓVEL FOI LEVADO À HASTAPÚBLICA SEM DETERMINAÇÃO JUDICIAL, SEM PUBLICAÇÃO DO EDITAL E ARREMATADO POR PREÇO VIL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO EXECUTADO DA DATA DA PRAÇA E ARREMATACÃO POR VALOR INFERIOR A 50% DO PREÇO DA AVALIAÇÃO. VÍCIOS QUE GERAM A NULIDADE DA ARREMATACÃO, PODENDO SER REQUERIDA POR AÇÃO ANULATÓRIA AUTÔNOMA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 694, §1º, I, C/C ARTIGO 486, AMBOS DO CPC. IMRESCINDÍVEL QUE O EXECUTADO TENHA CIÊNCIA DO DIA, HORA E LOCAL DA ALIENAÇÃO JUDICIAL. IMPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO QUE GARANTE AO EXECUTADO O DIREITO DE FISCALIZAR O PROCEDIMENTO DE EXPROPRIAÇÃO DO SEU PATRIMÔNIO. TRATA-SE DE MAIS UMA OPORTUNIDADE DE O EXECUTADO REMIR A EXECUÇÃO. ARTIGO 651 DO CPC. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PREÇO VIL. OCORRÊNCIA. A ARREMATACÃO SE DEU POR PREÇO INFERIOR À METADE AO VALOR AVALIADO. NULIDADE DA PRAÇA QUE SE IMPÕE. A BOA PRUDÊNCIA RECOMENDA A REALIZAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO”. (Apelação Cível n. [0009639-12.2011.8.19.0209](#), Rel. Antônio Saldanha Palheiro, 5ª CC do TJ/RJ, julg. em 30/04/2013, Publ. DJ. 06/05/2013).

Ementa: “EXECUÇÃO. EMBARGOS À ARREMATACÃO. DÍVIDA CONDOMINIAL. EDITAL DE PRAÇA. PUBLICAÇÃO EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. VICIO DE PUBLICIDADE. PREÇO VIL. NULIDADE DA ARREMATACÃO. INOCORRÊNCIA. A arrematação de imóvel, na segunda praça, por lance superior a 50% do valor da avaliação, não configura preço vil. Atende ao comando do caput do art. 687 do Código de Processo Civil, a publicação do edital duas vezes em jornal de grande circulação e uma vez no Diário Oficial. Ausência de vício quanto publicidade do ato. Sentença correta. Recurso manifestamente improcedente, o qual se nega seguimento ao recurso, na forma do art. 557, caput do Código de Processo Civil”. (Apelação Cível n. [0060054-](#)

Sendo o bem arrematado, cujo procedimento vem disciplinado no art. 690 do CPC<sup>15</sup>, lavra-se o auto de arrematação (CPC, art. 693 e 694)<sup>16</sup> e com o depósito integral do preço, bem como o preenchimento dos demais requisitos legais, o juiz determina a expedição da carta de arrematação (CPC, art. 693)<sup>17</sup>, que deverá ser submetido ao registro junto ao cartório imobiliário para operar a transferência da propriedade ao arrematante. É importante registrar, desde já, que com a arrematação se obtém apenas o título para aquisição da propriedade, assim como ocorre com o contrato de compra e venda, pois o *modus acquirendi*, em se tratando de bem imóvel, é a inscrição no registro imobiliário conforme prevê o disposto no art. 1.245 do CC/02.

Diante do procedimento acima descrito, coloca-se uma enorme dificuldade na qualificação jurídica da arrematação judicial. Discute-se, em doutrina, se a venda forçada seria uma figura contratual inserida no campo de atuação dos negócios jurídicos, com a aplicação das regras previstas para a compra e venda, ou, ao contrário, se seria um ato processual, regido pelo direito público, que não se confundiria com qualquer outra figura de direito privado, acarretando no afastamento de toda e qualquer norma de direito privado. Portanto, a partir de agora, passa-se ao exame da natureza jurídica da hasta pública e de sua qualificação no direito privado.

## **1.2. Natureza jurídica da hasta pública: qualificação da arrematação judicial no direito privado e a relevância do instituto da evicção para o desenvolvimento do tema**

Uma das questões mais polêmicas e controvertidas suscitada na venda forçada no âmbito da doutrina é àquela relativa a sua natureza jurídica. Controvérsia que no direito brasileiro existe devido à falta de um conjunto de regras de direito material o que acaba tornando necessário suprir tal carência legislativa com o uso de outras figuras. Antes, porém, de adentrar na polêmica sobre a natureza jurídica da arrematação, é importante, ainda que suscintamente, demonstrar o equívoco em relação ao método normalmente utilizado pela doutrina ao enfrentar a natureza jurídica de qualquer instituto.

---

[80.2007.8.19.0001, Rel. Des. Rogério de Souza Oliveira, 6ª CC do TJ/RJ, Julg. em 19/02/2009, Publ. DJ. 27/02/2009\).](#)

<sup>15</sup> Correspondeste aos arts. 881 e seguintes do Novo Código de Processo Civil.

<sup>16</sup> Correspondeste ao art. 901 do Novo Código de Processo Civil.

<sup>17</sup> Correspondeste ao art. 901, §1º e 2º do Novo Código de Processo Civil.

Espejo Lerdo De Tejada<sup>18</sup> ensina que a natureza jurídica deve servir como uma chave de interpretação e de sistematização, de tal maneira que não constitua, como adverte Jordano Barea, um *prius* do qual derivam consequências pelo seu regime, mas sim um *posterius* “*algo que sólo se obtiene después de analizar el fenómeno práctico, la normativa aplicable y la eficacia jurídica producida en consecuencia*”.<sup>19</sup> Não é, portanto, o enquadramento jurídico prévio de um instituto o método mais adequada e eficaz, pois a escolha normativa depende de outros fatores que só se obtém com a análise do caso concreto.

A doutrina, ao investigar e identificar a natureza jurídica da venda forçada costuma fazer o oposto, pois realiza, previamente, o seu enquadramento jurídico como contrato ou ato público-processual para atrair ou não a normativa de direito privado. A análise, entretanto, deve partir do problema concreto com os olhos voltados para todo o ordenamento jurídico, afinal não se justifica mais a dicotomia entre direito público e privado, tampouco um ordenamento jurídico binário e fragmentado.<sup>20</sup> Como ensina Pietro Perlingieri, o ordenamento jurídico “não se exaure na complexidade da sua gênese legislativa e normativa”<sup>21</sup>, por ser necessária a observância, pelo intérprete, de fatores sociais, econômicos, históricos e culturais para assim se alcançar a solução adequada de cada caso concreto, uma vez que conceitos gerais e abstratos fornecem apenas uma visão parcial e estática do fenômeno jurídico. É por essa razão que o mesmo autor sustenta que o

<sup>18</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídicos-reales del embargo de bienes inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005, p.19.

<sup>19</sup> JORDANO BAREA, J. *Uma relación sobre la posesión in Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, nº4, 1986, p.1048: “Como es obvio, las figuras o instituciones jurídicas no tienen una phisis o naturaleza propiamente dicha, como, por el contrario, la tienen un animal o una planta. La “naturaleza jurídica” es una paráfrases que aludea algo esencialmente distinto. No se trata, como algunos todavía creen, de un prius del que luego deriven todos los efectos, determinados por un nexo causal inexorable. Eso creyó, em su día, la jurisprudência conceptual, com su “método de inversión” característico. De la llamada “naturaliza jurídica” no puede derivarse nada por el intérprete que no haya puesto antes em ella. Consiste, pues no em un prius, sino em un posterius, algo que sólo se obtiene después de analizar el fenómeno práctico, la normativa aplicable y la eficacia jurídica producida em consecuencia. Es como la gran síntesis de los efectos producidos por una institución o figura jurídica (síntesis estructural y funcional de su eficacia), una fórmula explicativa o pedagógica; de ahí que la usemos tanto los profesores y tan poco los juristas prácticos, pese a la comodidad que supone acudir a una especie de “fórmula de encantamiento” de fácil manejo para apresar de um solo golpe de vista uma proteica y compleja realidade social”.

<sup>20</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento in Temas de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3/19. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil in Temas de Direito Civil*, vol. I, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1/24. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002, p. 77-78. SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo, Atlas, 2013, p. 15-16.

<sup>21</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195

conhecimento científico é um dado provisório que só adquire significado no momento cognitivo, ou seja, quando o caso concreto é confrontado com a gênese legislativa e os demais fatores relevantes do ordenamento.<sup>22</sup>

Essa mudança de perspectiva sobre a análise do direito tem especial relevância na venda forçada visto que, por produzir efeitos nas mais diversas áreas do direito, inclusive no âmbito do direito civil, não é recomendável continuar adotando, no estudo da natureza jurídica da arrematação, o ultrapassado método de escolha prévia da estrutura normativa. Um dos objetivos deste estudo é apresentar uma alternativa a essa análise arcaica, engessada, não mais aplicável no direito contemporâneo, para sugerir uma nova maneira de qualificar a venda forçada, abandonando-se o tradicional método da setorização cujas raízes ainda se encontram muito vivas na cultura jurídica brasileira. Ante disso, porém, é importante examinar, ainda que brevemente, as principais correntes doutrinárias sobre o tema, verificando os fundamentos e as críticas, para então qualificar a venda forçada no direito privado.

Não é novidade que se instalou profunda divergência doutrinária nos dois últimos séculos sobre a natureza jurídica da hasta pública, tanto no Brasil quanto em países estrangeiros, principalmente na Itália, onde o tema foi exaustivamente estudado na vigência do Código Civil Italiano de 1865, cujos resultados influenciaram muitos sistemas jurídicos de países membros da família romano-germânico.

Surgiram inúmeras opiniões sobre a natureza jurídica da venda forçada, cada uma com as suas justificativas e fundamentos, algumas convincentes outras nem tanto. Essas opiniões estão inseridas dentro de dois grandes grupos: um de caráter privado, chamado contratualista; e outro de caráter público, chamado publicista. No âmbito de cada grupo há uma enorme quantidade de posicionamentos doutrinários que se utilizam dos mais variados fundamentos, dentre os quais destacam-se doutrinadores como Carnelutti, Gaudenzi, Chiovenda, Pugliatti, Coviello, Luzzati, Degni, Satta, Paula Baptista, Liebman, Melo Freire, Pereira e Sousa e Lobão, Mário Guimarães de Souza.

---

<sup>22</sup> Ensina Perlingieri: “tende a se difundir a consciência de que os estudos teóricos e gerais nem sempre facilitam uma abordagem realista, não assumindo os conceitos na sua relatividade histórica, na contínua evolução; quando ao contrário, o seu individual conhecimento científico é um dano provisório, cada vez menos gera, que adquire significado somente no contexto no qual se realiza o momento cognitivo, caracterizado por um particular e, em alguns aspectos, irrepetível complexidade. (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional. cit.*, p.192)

Os publicistas, normalmente, alegam que a venda, como contrato, pressupõe um acordo de vontade entre o comprador e o vendedor, cuja manifestação de vontade do vendedor é no sentido de alienar a coisa de sua propriedade e do comprador de adquiri-la mediante o pagamento de um preço. Na arrematação, de acordo com essa teoria, faltaria o elemento volitivo pela ausência de acordo de duas vontades, pois haveria, no máximo, a manifestação de vontade do arrematante, mas não a do executado, pois a venda ocorreria sem a sua anuência e, até mesmo, contra a sua vontade. A estrutura da arrematação, portanto, seria incompatível com a estrutura do contrato de compra e venda pela falta de formação de consenso entre o arrematante e o executado.<sup>23</sup>

Já os contratualistas<sup>24</sup> não consideram a ausência de manifestação de vontade como um requisito indispensável para qualificação da venda forçada como contrato, visto que o vendedor não precisaria manifestar pessoalmente a sua vontade, bastando fazê-lo por intermédio de um representante<sup>25</sup> que, para alguns, seria o credor<sup>26</sup> e, para outros, o Estado-Juiz<sup>27</sup>, com destaque para as seguintes correntes:

Para Melo Freire<sup>28</sup> e Pereira e Sousa<sup>29</sup>, a arrematação judicial seria um ato de compra e venda realizado pelo juiz que supriria a vontade do executado e

<sup>23</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. São Paulo, Saraiva, 3ª ed, 1968, p.108/116; SOUZA, Mario Guimarães de. *Theoria geral da arrematação*. Diário da Manhã, Recife:1940; PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano: ESI.P. 312/317.

<sup>24</sup> Liebman apresenta uma importante análise histórica sobre a divergência doutrinária que perdurou no século passado acerca do enquadramento jurídico da arrematação judicial em sua obra clássica sobre processo de execução (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. *cit*, p.108/116 ).

<sup>25</sup> SOUZA, Mario Guimarães de. *Theoria geral da arrematação*. Recife: Typ, Diário da Manhã, 1940, p. 17.

<sup>26</sup> É de Luzzati a construção de que o credor funcionaria como um gestor (*negotiorum gestio*) do executado, gerindo o negócio do seu devedor, no interesse do próprio devedor e de todos os seus credores, aos quais o exequente estaria vinculado por meio de um mandato legal. A única diferença seria a de que a natureza forçada da alienação faria presumir a falta de ratificação voluntária por parte do alienante, que estaria suprida pelo império da autoridade judiciária (Luzzati. *Della Trascrizione*, II, pg. 329 e 355, apud Pugliatti, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano: ESI. p. 270/271.

<sup>27</sup> Por todos Canelutti. *Lezioni di diritto processuale civile*. Processo di esecuzione, II, Padova, 1931, p. 255 e ss.; Chiovenda, Sulla natura giuridica della espropriazione forzata, in Saggi di diritto processuale civile, II, Roma, 1931, 459 e ss.

<sup>28</sup> MELO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, liv. IV, tit. 22, § XI apud LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. São Paulo, Saraiva, 3ª ed, 1968, p.109; PEREIRA E SOUSA, Primeiras Linhas, nota 860, LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1968, p.109.

<sup>29</sup> PEREIRA E SOUSA, Primeiras Linhas, nota 860, *apud* in LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1968, p.109.

venderia o bem na qualidade de seu representante.<sup>30</sup> Liebman crítica essa teoria esclarecendo que o órgão judicial não exerce a função de representante legal pois o ato de desapropriação prescinde da vontade do executado, além do que um representante não pode agir contrariamente aos interesses de seu representado.<sup>31</sup>

Para uma segunda linha de pensamento, ainda no campo da teoria contratualista, defendida principalmente por Carnelutti, não haveria nada de extravagante se a transferência da propriedade pela arrematação fosse feita sem a vontade ou mesmo contra a vontade do devedor, porque o importante seria o poder reconhecido ao representante de querer por conta do representado. Para este autor, no ato de desapropriação, quem presta o consentimento para a venda é o órgão judicial, investido deste poder pelo Estado, mas com eficácia plena para o executado, como se fosse ele que o tivesse prestado. Carnelutti defende a existência de atos bilaterais mistos, combinando-se ato judicial e negócio<sup>32</sup>, mas enquadra a hipótese como sendo contrato, porém de direito processual.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Este também foi o posicionamento defendido por Guido Gaudenzi, para quem. "(...) non v'è dubbio infatti che vietandogli di disporre dei suoi beni e conferendo ad altri la facoltà di venderli, in suo nome e per suo conto lo Stato va contra il diritto di proprietà del debitore." (...) L'atto culminante dell'espropriazione forzata sta dunque nel provvedimento che conferisce al rappresentante il potere di vendere (com atto di volontà perfettamente negoziale) beni del debitore" (*La vendida forzata e la garanzia per evizione*, Rivista di Diritto Privato, 1933, n. 2, CEDAM, Padova, p. 14-17).

<sup>31</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. cit, p.108-116.

<sup>32</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, vol. III, Buenos Aires: UTEHA, 1944, pp. 129/135, para quem: "(...) Es indudable que el efecto jurídico consistente en la enajenación y en la adquisición, completamente idéntico al de la venta voluntaria, deriva de la combinación de dos actos: la declaración del oficio y la del comprador; en virtud de un fenómeno completamente idéntico al de la venta voluntaria, tales actos tienen dos causas diversas, aunque interdependientes; la diferencia, pues, respecto de la venta voluntaria, se reduce a la naturaleza de una de las dos declaraciones (la del oficio), que en lugar de ser negocio (como lo es la del comprador), es un proveimiento. La venta forzosa se caracteriza, pues, como la mezcla de un proveimiento y de un negocio, en lugar de serlo de dos negocios, como sucede en la venta voluntaria (...) es indudable que ha de llegarse a reconocer que el genus a que se da el nombre de contrato es más amplio que la species denominada contrato de Derecho público; la diferencia específica entre ambos consiste en que mientras el contrato de Derecho privado resulta de la combinación de dos negocios, el contrato de Derecho público asocia un negocio con un proveimiento. Por último, es indudable que una de las subespecies del contrato de Derecho público es el contrato (de Derecho) procesal, que tiene en la venta forzosa su ejemplar más característico (...) En realidad, cuando el oficio vende las cosas del deudor sujeto a expropiación, administra el patrimonio de este último y declara una voluntad decisiva para su interés, del mismo modo que cualquier otro representante legal; actúa, desde luego, sin su voluntad, e incluso contra ella, pero lo hace para el desenvolvimiento de su interés, o sea para el cumplimiento de sus obligaciones; varían las razones por las cuales en lugar del titular del interés actúa otra persona u otro grupo de personas, pero el hecho es siempre el mismo. No existe tampoco incompatibilidad alguna entre el cometido del oficial judicial y la figura de administrador (representante legal) del deudor expropiado, ya que entre las funciones del oficio figura precisamente la de administrar el patrimonio del deudor."

<sup>33</sup> Para Liebman, mais uma vez, tal representação não seria possível, tendo em vista que o terceiro, na qualidade de representante, deveria agir sempre em proveito do representado, nunca contra a sua vontade ou interesse, o que aconteceria no caso de alienação judicial forçada. Além disso, argumenta Liebman que a representação deveria ser utilizada em favor daquele que não pode querer por si

Uma terceira teoria, desenvolvida por Chiovenda, apresenta uma distinção entre direito subjetivo e a faculdade de dispor deste direito, esclarecendo que o órgão judicial desapropria, em verdade, não o direito subjetivo do executado sobre determinado bem, mas a sua faculdade de dispor deste. Em um segundo momento, usando desta faculdade de dispor, o juiz vende os bens do executado sem a necessidade de recorrer a figura da representação, apenas ao exercício do poder devido a sua função pública que permite dispor dos bens do executado. Nessa linha de raciocínio, ficaria afastada a tão combatida figura da representação, prevalecendo a função pública do juiz, cujo poder de vender os bens do executado surgiria da faculdade de disposição.<sup>34</sup>

Embora tenha reconhecido os méritos dessa teoria, pela possibilidade de separar a faculdade de disposição do direito subjetivo, inclusive citando alguns exemplos práticos sobre representação e administração de patrimônio alheio, Liebman considera inútil tal construção porque não há necessidade de o intérprete se socorrer de qualquer associação entre o ato de expropriação e o ato de direito privado. O enquadramento jurídico da venda forçada não precisa, na opinião deste autor, buscar respaldo em institutos de direito privado por se tratar de um ato promovido por autoridade pública decorrente do exercício de sua função, motivo pelo qual desnecessária seria a utilização da teoria de Chiovenda.<sup>35</sup>

Liebman, portanto, é um crítico ferrenho às doutrinas que buscaram qualificar a venda forçada no âmbito do direito privado. Para ele, a venda forçada não pode ser vista como um contrato, e sim um “ato unilateral do órgão judicial que, no exercício de sua função, transfere a título oneroso o direito do executado para outrem (ato de transferência coativa); é tipicamente ato processual, ato executório”.<sup>36</sup> A doutrina de Liebman se encaixou perfeitamente ao método

---

próprio (v.g. menor e incapaz), situação que não ocorre com o executado que, em princípio, conserva a sua plena capacidade civil.

<sup>34</sup> CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, p. 411 Apud in LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1968, p.110.

<sup>35</sup> Para maiores detalhes sobre a análise de Liebman à doutrina de Chiovenda vide LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. *cit.*, p. 108-115.

<sup>36</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 108/115. V., também, Francisco de Paula Baptista, para quem “O princípio geralmente aceito, que a arrematação é verdadeira venda e se regula pelos mesmos princípios, é uma abstração sem a luz precisa para a solução da questão; é tanto assim que todos o invocam, e as divergências continuam. Explicar-me-ei, pondo de parte todo o receio de prolixidade. A arrematação assemelha-se à venda no ponto único de dar-se em ambas a alienação da propriedade, mediante o preço equivalente pago em moeda; mas a venda é um contrato, efeito do livre consentimento, que exprime a vontade dos contratantes, e a arrematação é uma desapropriação forçada, efeito da lei, que representa a justiça social no exercício

interpretativo (formalismo/setorização) vigente à época de sua elaboração e foi determinante para consagração da teoria publicista no Brasil, onde lecionou e publicou a sua clássica obra sobre processo de execução.

O problema sobre o estudo da natureza jurídica da arrematação no direito brasileiro é que, depois de formadas as citadas opiniões, a maior parte herdada de autores italianos, o tema foi deixado de lado e é raro encontrar estudos com uma visão contemporânea. Ocorre que, ao contrário do direito italiano, cujo enfrentamento do tema torna-se bem menos necessário em razão de o Código Civil Italiano de 1942 ter contemplado diversos preceitos normativos específicos sobre os efeitos da arrematação no âmbito do direito material<sup>37</sup>, não há no Código Civil brasileiro uma regulamentação semelhante àquela.

Os únicos dispositivos sobre a venda forçada são os artigos 447 e 1.499 que preveem, respectivamente, a subsistência da evicção em hasta pública e a extinção da hipoteca no caso de arrematação. A falta de uma regulamentação igual àquela existente no direito italiano torna o debate ainda controverso na doutrina nacional, principalmente no que diz respeito à incidência de normas de direito privado, causando uma grande insegurança jurídica a este tipo de aquisição diante do

---

de seus direitos e no uso de suas forças para reduzir o condenado à obediência do *judgado*; a ideia de que a entrega do ramo representa o consentimento do executado dado pela interposta pessoa do juiz, é uma ficção fútil e pueril. Desta diferença, tão substancial, devem resultar necessariamente diversas relações, diversos princípios, e por conseguinte, diversos efeitos". Igual pensamento tem Humberto Theodoro Júnior, que não enxerga a existência de negócio jurídico em matéria de arrematação, como se verifica da seguinte passagem extraída de sua obra: "A arrematação, no entanto, não é um contrato, mas uma desapropriação, de sorte que não se pode falar em responsabilidade contratual como é a da garantia da evicção" (BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil*, 7ª ed. Lisboa, 1910, p.201.); Para Luiz Guilherme Marinoni: "É certo que a alienação judicial está longe de poder ser vista como compra e venda. É preciso perceber que esta forma de alienação não é instituto de direito privado, mas sim figura de direito processual, decorrendo da atividade jurisdicional do Estado. Note-se que, ao se supor o seu caráter contratual, torna-se impossível explicar algumas das causas de nulidade da arrematação – descritas no art. 694, § 1º, do CPC -, como, por exemplo, a realização da arrematação por preço vil. A alienação judicial, embora pertencente ao direito público, também não se confunde com alguma forma particular de desapropriação. A desapropriação constitui forma 'originária' de aquisição da propriedade, enquanto que a arrematação judicial é 'forma derivada de aquisição de propriedade', tanto que o bem é transmitido com os seus eventuais defeitos e ônus (por exemplo, art. 619 do CPC). Trata-se, enfim, de figura distinta, não equiparada a qualquer outra. Tem natureza processual e constitui forma derivada de aquisição de propriedade. Por meio da expropriação, o Estado aliena bens do devedor (ou de terceiro responsável), ou ao menos limita o exercício de alguns poderes sobre tais bens (no caso do usufruto), no intuito de satisfazer o crédito exigido na execução. Constitui-se em procedimento complexo, formado ao menos por dois atos (o do Estado e do adquirente), prevalecendo o ato jurisdicional, por ser a causa eficiente da alienação. O regime jurídico deste instituto não pode ser buscado nem no direito privado nem na disciplina da desapropriação, construindo-se a partir das regras processuais, dos princípios que regem a execução e dos direitos fundamentais processuais" (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil v. 3: Execução*. São Paulo: RT, 2007. p. 319.).

<sup>37</sup> V. artigos 2919 a 2924 do Código Civil Italiano.

desconhecimento, pelo adquirente, dos seus direitos. Essa incerteza é gerada porque o arrematante não sabe como o magistrado qualificará a sua aquisição e, conseqüentemente, quais normas aplicará em caso de litígio. O arrematante não sabe, por exemplo, se, ao adquirir um bem, contará com as mesmas regras aplicáveis ao contrato de compra e venda.

Alexandre Freitas Câmara<sup>38</sup>, por exemplo, em artigo publicado sobre o tema, sustenta que o art. 447 se aplica apenas às vendas em hasta pública com caráter negocial, que, segundo o seu entendimento, são aquelas disciplinadas pelo art. 1.112, III a V, do Código de Processo Civil. Defende o autor, portanto, que o art. 447 engloba apenas as vendas tidas como de jurisdição voluntária, excluindo-se do alcance do referido dispositivo as vendas forçadas decorrentes de processo executivo.<sup>39</sup> Para este autor, por não ser a arrematação um contrato, o arrematante

---

<sup>38</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Evicção do bem arrematado em hasta pública*. In: Estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Coord. Fredie Didier Jr., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.39. Diz o autor: “Estabelecido que o art. 447, parte final, do Código Civil de 2002 não se refere à arrematação em hasta pública realizada em processo executivo, resta determinar seu verdadeiro alcance. E isto não é, salvo melhor juízo, tarefa das mais difíceis. Impende deixar claro, porém, e desde logo, que o art. 447 do Código Civil só estabelece garantia contra a evicção nos contratos onerosos. Apenas neste campo, e em nenhum outro, o alienante fica com a obrigação de indenizar o adquirente se este sofrer com o fato da evicção. Ocorre que há casos em que o contrato oneroso de alienação de um bem se dá em hasta pública. E isto ocorre nas alienações judiciais, regidas pelo art. 1.112, nº III a V do Código de Processo Civil. Nesses casos, regidos pelo Código de Processo Civil entre os procedimentos de jurisdição voluntária, ocorre a venda de um bem em juízo. O que se tem ali é mesmo a venda do bem, e não sua expropriação forçada, já que os interessados vão a juízo afirmando sua vontade de alienar a coisa (que, nas hipóteses ali regidas, só podem ser alienadas com a participação do Estado-juiz, como se dá, por exemplo, na alienação de bens de incapazes). O que se dá no caso em exame é que o ordenamento jurídico só atribui validade e eficácia à compra e venda nesses casos se a mesma se der em juízo. Isto, porém, não afasta nem modifica a natureza do negócio jurídico celebrado, ainda que a venda se dê em hasta pública. A natureza negocial da alienação de bens, nos casos mencionados, é confirmada pela natureza voluntária da atividade jurisdicional exercida pelo Estado-juiz na espécie. Isto porque na jurisdição voluntária o que se pede ao Estado-juiz é, precisamente, a integração de um negócio jurídico de direito privado, o qual só será válido e eficaz se realizado com a participação do órgão jurisdicional. Já tive oportunidade de afirmar, sobre a jurisdição voluntária, que “só se estará diante de verdadeira jurisdição voluntária quando o demandante estiver em juízo pretendendo obter um ato judicial que confira validade e eficácia a um negócio jurídico de direito privado que, sem a participação do juiz, seria inválido e ineficaz”. Naquela ocasião, tive oportunidade de figurar exatamente o exemplo da alienação de bens de incapazes, afirmando: “Trata-se de negócio jurídico de direito privado, cuja validade e eficácia dependem da intervenção judicial”. Nos casos mencionados, pois, ter-se-á um *negócio jurídico* de direito privado destinado à alienação de um bem ou um direito, o qual poderá se efetivar em *hasta pública*. A natureza contratual da alienação, porém, não é nestes casos afastada (como se dá na arrematação), o que faz com que exista a garantia pela evicção. Pois é tal garantia que o art. 447, *in fine*, do Código Civil está a afirmar. Alienado o bem, por força de um contrato oneroso, estará o adquirente protegido contra os riscos da evicção ainda que tal alienação se dê em hasta pública”.

<sup>39</sup> Em nossa opinião, as modalidades de alienação judicial não coercitivas prevista nos artigos 1.112, III a V do Código de Processo Civil, como por exemplo a venda de bens de incapazes citada por Alexandre Freitas Câmara, não parecem estar inseridas dentro da problemática da parte final do art. 447 do Código Civil, segundo o qual “*subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública*”. Isso porque, é clara a figura de negócio jurídico oneroso nessas hipóteses, e, conseqüentemente, aplicável à espécie a parte inicial do referido dispositivo, segundo o qual “nos

teria apenas direito a restituição do valor pago, sem as demais consequências da garantia, a fim de evitar o enriquecimento ilícito daquele que recebeu sem razão. O STJ<sup>40</sup> também já negou à incidência da garantia sob o fundamento de que “a natureza da arrematação, assentada pela doutrina e pela jurisprudência, afasta a natureza negocial da compra e venda, por isso que o adquirente de bem em hasta pública não tem a garantia dos vícios redibitórios nem da evicção...”<sup>41</sup>

---

*contratos onerosos, o alienante responde pela evicção*”. Com efeito, não haveria necessidade, nem justificativa, de uma previsão específica para tais hipóteses, uma vez que, mesmo no silêncio da lei, incidiria a garantia por tratarem-se de negócio oneroso, já que são os próprios interessados que vão a juízo afirmando sua vontade de alienar a coisa.

<sup>40</sup> Note-se que a decisão do STJ é posterior à decisão do STF que reconheceu a incidência da garantia em hasta pública. Em 1945, época em que ainda era o responsável pelo julgamento de matéria infraconstitucional, o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 9.431/45, enfrentou hipótese na qual houve a aquisição de terreno em hasta pública e o adquirente teve sua propriedade desfalcada em razão de execução de uma hipoteca sobre parte do terreno. O arrematante ajuizou ação redibitória contra o credor hipotecário para obter abatimento do preço com restituição parcial do valor pago, tendo a Corte enfrentado a responsabilidade por evicção, admitindo-a em hasta pública com fundamento justamente na doutrina italiana. Confirma-se, pois, a ementa: “I - RECLAMAÇÃO CONTRA FALTA DE ÁREA EM IMÓVEL ARREMATADO EM PRAÇA JUDICIAL, EMBORA JA DEFINITIVAMENTE AFASTADA A ASSEMELHAÇÃO DESSE CASO AO DE VÍCIO REDIBITORIOS POR ANTERIOR DECISÃO DESTA CORTE. II - NATUREZA DA HASTA PÚBLICA E SUA VULNERABILIDADE POR CASSAÇÃO DA SENTENÇA EXEQUENTE, EVICÇÃO OU VÍCIOS DE FATO. III - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO EXPRESSA DA LEI E VACILAÇÃO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO E DISCRIMINAÇÃO DE LEILÃO E PRAÇA, ESTA EM FEITOS CONTENCIOSOS OU ADMINISTRATIVOS. IV - COMPORTAMENTO DO DIREITO ESTRANGEIRO QUANTO AO DESFAZIMENTO DE VENDAS JUDICIAIS POR FALTA DE QUANTIDADE DO IMÓVEL ADQUIRIDO. V - RESPONSABILIDADE DO EXEQUENTE E DO EXECUTADO PELA EVICÇÃO OU FALTA DE ÁREA. VI - CONSEQUENCIA DIRETA DA ANULAÇÃO OU "ACTIO IN REM VERSO", COM OU SEM NOTIFICAÇÃO PREVIA AO EXEQUENTE. VII - EXCLUSAO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR MOTIVOS DE FATO, INACESSIVEIS AO RECURSO EXTRA ORDINÁRIO, ALIAS, NÃO CARACTERIZADO ANTE O SEGUNDO FUNDAMENTO ADOTADO PELA JUSTIÇA LOCAL E BASTANTE PARA AFASTAR SEU PROVIMENTO. Confirma-se trecho do voto do Ministro Philadelpho Azevedo “Outro motivo que conduz à rescisão da praça é a evicção sempre admitida aqui, como no estrangeiro, embora às vezes revestida de outra fisionomia, ou com restrições graves, como a (...) adotada com apoio na força probante do registro, em prol de terceiros de boa-fé (...)”.

No entanto, mesmo após a referida decisão, a polêmica continuou presente e os Tribunais oscilando sobre o tema, situação esta que, evidentemente, causou grande insegurança jurídica a este tipo de aquisição, instalando profunda divergência jurisprudencial. Neste sentido é o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível 588.034.363, julgada em 09 de agosto de 1988, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, composta pelos então Desembargadores Lio Cezar Schimitt, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Sérgio Pilla da Silva, cujo trecho do voto do Des. Relator assim se pronuncia sobre a questão: “Não há falar-se em evicção e responsabilidade pelos riscos da evicção quando o bem adquirido e perdido por sentença judicial o foi em Hasta Pública (adjudicação). Na hasta pública (praça, leilão) inexistente contrato oneroso. É ela uma forma de expropriação, através do qual se dá a transferência forçada dos bens. O devedor que tiver bem expropriado por força da expropriação estatal em hasta pública não responde pelos riscos da evicção. Da mesma forma na adjudicação feita pelo credor, porque também ato expropriatório executivo”. (*Código Civil nos Tribunais*, organizado por Darcy Arruda Miranda, Darcy Arruda Miranda Jr. E Alfredo Luiz Kugelmas, 1993, Editora Jurídica Brasileira, p. 6.351)

<sup>41</sup> Ementa: “ARREMATACÃO DE IMÓVEL EXPROPRIADO EM PORÇÃO MENOR DO QUE A AQUISIÇÃO JUDICIAL. PRETENSÃO DO ARREMATANTE À SUB-RÓGAÇÃO NO PREÇO DO IMÓVEL, PRETENDENDO ASSIMILAR A INDENIZAÇÃO PELA TOTALIDADE DO BEM QUE NÃO FOI LEVADA À HASTA PÚBLICA POSTO COMPOSTO DE PARCELA DE IMÓVEL PÚBLICO INALIENÁVEL. EXPROPRIACÃO OCORRENTE APÓS O TÉRMINO E O TRÂNSITO EM JULGADO

Como se vê, a arrematação continua sendo inserida dentro de uma ou outra área do direito como se estas fizessem parte de ordenamentos jurídicos distintos, sem qualquer possibilidade de comunicação entre as normas de direito privado e de direito público-processual. É ainda muito frequente nos dias atuais a análise desta figura de acordo com o método da setorização, o que é, sem dúvida nenhuma, um grande equívoco. E a situação se agrava ainda mais porque, normalmente, a tese prevalente é de que se trata de uma figura processual, sendo inaplicáveis às normas de direito civil. Ora, nenhum instituto jurídico pode ser adequadamente estudado sem o conhecimento da sua estrutura e da sua função, todavia, a venda forçada continua sendo estudada apenas sob o aspecto estrutural e a sua função, principal característica de qualquer instituto e que serve para atrair a correta estrutura normativa, é simplesmente deixada de lado pela maior parte da doutrina.<sup>42</sup>

Enquanto o direito evoluiu e sofreu significativas alterações, com novos métodos interpretativos e de investigação científica para sua aplicação, o estudo da natureza jurídica da arrematação parou no tempo e continua sendo aplicado à maneira antiga: sendo considerada um ato processual, as normas de direito privado ficam automaticamente afastadas; sendo considerada um ato contratual, as normas de direito privado são utilizadas para dirimir os conflitos que surgem desta modalidade aquisitiva.

O Código Civil de 2002, ao introduzir a subsistência da garantia aos bens adquiridos em hasta pública (CC, art. 447), reinaugura a discussão sobre a natureza jurídica da arrematação, sendo necessário e urgente uma releitura desta figura no âmbito do direito privado.<sup>43</sup> Todos concordam, sem polemizar, ser a evicção um instituto de direito privado e relacionado aos contratos onerosos, aliás, como a própria norma prevê no dispositivo antes citado. Se a evicção é uma figura inerente

---

DO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO COM PAGAMENTO SUJEITO AO REGIME DO PRECATÓRIO. (...) 4. A natureza da arrematação, assentada pela doutrina e pela jurisprudência, afasta a natureza negocial da compra e venda, por isso que o adquirente de bem em hasta pública não tem a garantia dos vícios redibitórios nem da evicção". (Recurso Especial 625.322/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, julg. em 11.05.2004)

<sup>42</sup> Essa questão será melhor enfrentada no último tópico do primeiro capítulo, sendo relevante por ora apenas deixar claro que o aspecto funcional é importante para qualificação da venda forçada.

<sup>43</sup> Ao contrário do direito italiano, as normas sobre execução forçada no direito brasileiro são regulamentadas apenas pelo Código de Processo Civil, de tal forma que, com raras exceções, apenas a doutrina processual manifesta-se sobre a qualificação jurídica da arrematação, e, naturalmente, acaba o fazendo apenas no âmbito do direito processual, até porque, para esta doutrina, fugiria de seu campo de atuação identificar eventuais efeitos e consequências da arrematação no âmbito do direito privado, em vista a necessidade de investigação científica de institutos jurídicos desse ramo.

aos contratos onerosos e a arrematação não é um contrato, como explicar a previsão legislativa? E mais: apenas a garantia contra a evicção seria aplicável? Há justificativa jurídica para defender o uso apenas da garantia em sede de arrematação e afastar todas as outras normas e institutos de direito privado?

A garantia por evicção é um excelente exemplo do equívoco acerca da análise estritamente estrutural da venda forçada, nos dias atuais. Aliás, a verdade é que o instituto da evicção sempre teve papel determinante no estudo da natureza jurídica desta modalidade aquisitiva, visto que, diante das dificuldades encontradas na solução de situações envolvendo evicção em hasta pública, se percebeu a necessidade de o assunto ser estudado com maior profundidade. Quando a evicção ocorria neste tipo de aquisição havia uma enorme dificuldade em justificar, dogmaticamente, a incidência da garantia que, em princípio, só era aplicada aos contratos onerosos. Como o Código Civil de 1916 silenciava a respeito do tema, e diante do estágio de evolução do próprio direito, era preponderante e compreensível a afirmação de que a venda forçada não se tratava de um negócio jurídico e, conseqüentemente, não seria possível aplicar a garantia aos bens adquiridos em hasta pública, com prevalecimento, portanto, da teoria publicista.<sup>44</sup>

Essa perspectiva sofre importante modificação diante da nova previsão legislativa que certamente não foi elaborada por acaso ou por equívoco, pois há por trás dela uma justificativa como será visto ao longo deste estudo. O Código Civil de 2002 recoloca o tema em evidência, mas isto não significa que se deva reacender a velha discussão, ou seja, se a venda forçada é ou não um negócio jurídico, uma vez que àquelas opiniões, embora valiosíssimas, não se sustentam mais no atual estágio de evolução do direito, que deixa de lado um método exclusivamente formalista, com tendência de individualizar a norma jurídica a um esquema de qualificação exclusiva, e passa a valorar mais os aspectos funcionais e teleológicos.<sup>45</sup>

A doutrina e a jurisprudência ainda não exploraram à alteração legislativa (CC, art. 447) como deveriam. A releitura desta figura é imprescindível, especialmente pela sua importantíssima função de servir como um instrumento que busca o adimplemento das obrigações perante o judiciário brasileiro. A atual

---

<sup>44</sup> Entendam os autores da época que era inconcebível aplicar um instituto de direito privado, com incidência apenas nos contratos onerosos, a uma figura de direito público oriunda de uma relação processual, cuja venda era realizada pelo juiz contra a vontade do executado.

<sup>45</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. cit, p.93.

roupagem apenas contribui para diminuição na solução de um número incontável de processos executivos, uma vez que, diante da falta de segurança e proteção dos adquirentes, quase sempre terceiros de boa-fé que contribuem diretamente para este fim, há um temor muito grande quanto aos direitos que o arrematante realmente tem ao adquirir um bem. A solução deste problema, dando maior segurança a essas aquisições, certamente contribui para o aumento das vendas e, conseqüentemente, a solução de um número maior de processos judiciais.

Para isso deve-se deixar de lado a velha visão sobre a natureza jurídica da arrematação que, equivocadamente, é inserida dentro de um ou outro campo do direito. É inquestionável que o direito contemporâneo não permite mais uma ruptura entre o direito público e o direito privado, como parecem pretender muitas das doutrinas sobre o tema, que buscam incluir a venda forçada dentro da categoria de direito privado ou de direito público, como se não houvesse qualquer comunicação entre elas. As construções doutrinárias antes citadas, e aqui não se faz uma crítica a elas, mas sim à doutrina atual, foram expostas em um período no qual a dicotomia entre direito público e privado era necessária e se justificava.<sup>46</sup> Entretanto, atualmente, não se pode mais dizer o mesmo. Em feliz passagem, Pietro Perlingieri ressalta que “a unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exige o estudo de cada instituto nos seus aspectos ditos privatísticos e publicistas”, de tal maneira que “resolve a rígida distinção entre direito privado e direito público na natureza privada ou pública, ora do sujeito titular dos interesses, ora dos próprios interesses’.<sup>47</sup>

A partir da unificação do direito, da centralização das relações jurídicas à Constituição Federal e da incidência de conceitos e regras de um ramo do direito ao outro, o ordenamento jurídico se torna complexo e deve ser visto como unitário<sup>48</sup> para que as soluções jurídicas sejam coerentes e livres de contradições, o que poderia acontecer se se aplicasse, com exclusividade, um ou outro ramo do direito, de forma independente.<sup>49</sup> Por tais razões, a natureza jurídica da arrematação não

---

<sup>46</sup> Por todos v. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional. cit*, p. 143.

<sup>47</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional. cit*, p.143.

<sup>48</sup> Essa discussão foge da abordagem deste estudo, mas é interessantíssima e recomenda-se a leitura de TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento in *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-19. Em sentido contrário: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ªed, Milano: Giufre, 1999.

<sup>49</sup> Anderson Schreiber apresenta interessante exemplo sobre o risco de fragmentação do sistema jurídico, citando como exemplo o conflito que se estabelece entre o CDC e a Lei de Arbitragem (lei 9.307/96), em relação à possibilidade ou não de arbitragem para solução de conflitos entre

pode representar uma construção exclusiva do direito público ou do direito privado, para justificar a incidência de regras e institutos jurídicos apenas de um ou outro ramo do direito, sem a menor possibilidade de flexibilização, quando necessário, de certas regras de direito privado nas relações consideradas pública e vice-versa.<sup>50</sup>

Note-se que a divergência toda gira em torno da falta de consentimento por parte do executado no ato da venda, o que seria suficiente para sua qualificação exclusiva no âmbito do direito público-processual com desprezo das normas de direito privado. Todavia, se antes era admitida a impossibilidade de transferir ou adquirir a titularidade de um direito sem o consentimento do sujeito interessado, atualmente não se pode dizer o mesmo. Observa Pietro Perlingieri que “a própria aquisição coativa, típica do regime administrativo, tem aplicações no direito civil”<sup>51</sup>, admitindo que o mesmo ocorra em outras hipóteses de aquisição sem consentimento, previstas ou não no Código Civil, por encontrarem “justificação não no consentimento do titular, mas, sim, no direito atribuído a alguns sujeitos de ser tornarem, com a própria manifestação unilateral de vontade, titulares do bem”<sup>52</sup>. Conclui o autor afirmando que “a aplicação destas técnicas no âmbito do direito civil, habitualmente visto como o setor da livre vontade dos sujeitos, coloca em crise a divisão geral do direito em privado e público. Técnicas e institutos, nascidos no campo do direito privado tradicional, são utilizadas naquele do direito público e vice-versa (...)”.<sup>53</sup>

Essa é, sem dúvida, uma visão contemporânea que permite uma comunicação entre os “setores” do ordenamento e demonstra o equívoco de um enquadramento prévio da arrematação judicial, sem antes identificar a sua função e os seus efeitos, que repercutem em várias áreas do direito. Por exemplo: no direito

---

consumidores e fornecedores. Ou seja, sendo aplicadas as duas Leis de maneira independentes, haveria um insuperável conflito quanto à possibilidade ou não de uso de arbitragem, uma vez que as Leis têm previsões, em princípio contraditórias, mas, na realidade, interpretando-as e verificando que o CDC tem por finalidade a proteção do consumidor vulnerável, valor constitucionalmente assegurado, fica fácil resolver o conflito, afastando a Lei de arbitragem e fazendo prevalecer a previsão do CDC, de não realizar a arbitragem em relação desta natureza, por submeter o consumidor em posição de desvantagem, o que violaria o texto constitucional. (v. SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição* in RTDC, vol. 48, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 3-26)

<sup>50</sup> Aliás, o novo Código de Processo Civil ratifica a superação deste velho método, pois realiza, constantemente, um diálogo com o direito civil, adotando um sistema aberto e principiológico que o aproxima da Constituição Federal e do Código Civil, prevendo, expressamente, por exemplo, o uso da boa-fé e de cooperação social no processo judicial. No que tange à evicção, introduziu importantes modificações, como por exemplo a revogação do disposto no art. 456 do CC, mas isto será visto mais adiante

<sup>51</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. cit, p.145.

<sup>52</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. cit, p.145.

<sup>53</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. cit, p.145.

civil aplicam-se as mesmas regras de transferência da propriedade para aquisição de bens; o exercício do direito de preferência pelo condômino, que está em plena consonância com a previsão do art. 889, II do NCCP; a proteção da garantia contra a evicção etc.; no direito tributário: as regras de sub-rogação dos débitos fiscais no produto da arrematação (CTN, art. 130); no direito processual: as regras de concurso de credores; extinção da execução por pagamento da dívida etc.

A venda forçada pode ser conceituada como uma situação jurídica complexa que produz efeitos tanto no direito público quanto no direito privado, tanto no direito processual quanto no direito material, razão pela qual não se pode, sem antes analisar o caso concreto, identificar, previamente e em definitivo, as regras aplicáveis para resolver questões relacionadas a este tipo de aquisição. Isto não quer dizer que o arrematante continue tendo insegurança jurídica pelo desconhecimento das regras aplicáveis, ao contrário, ciente que a sua aquisição é qualificada como uma situação complexa tem a certeza que o juiz, dependendo da situação em litígio, aplicará normas de direito privado ou público ou ambas em conjunto. A qualificação prévia não permite isto, pois descarta, inevitavelmente, um ou outro conjunto de normas dependendo da qualificação que o juiz realizar.

Pietro Perlingieri parece confirmar essa linha de raciocínio quando afirma que:

“o fracionamento da matéria jurídica e do ordenamento em ramos, se tem sentido porque divide por competência e necessidade de exposição uma matéria em si mesma única, não deve significar que a realidade, logo o ordenamento, seja divisível em diversos setores dos quais um seja tão autônomo em relação ao outro a ponto de proclamar-se independente”.

Conclui o autor afirmando que o “estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas (...), com especial atenção às exigências de vez em vez emergentes como, por exemplo, a habitação, a saúde, a privacidade, etc.”<sup>54</sup> Diante da produção de efeitos da arrematação em vários “setores” do direito, não há como excluir, previamente, toda e qualquer norma de direito privado ou afastar por completo toda a estrutura do contrato de compra e venda, apenas porque a vontade do executado está ausente no ato de transmissão de titularidade do domínio. Se é verdade que inexiste o consentimento do executado, também é verdade que há consentimento por parte do adquirente e que há uma transferência de um direito contra o pagamento de um preço.

---

<sup>54</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. cit, p.149.

Logo, parece inevitável compreender a arrematação como um procedimento complexo, conceito este que está de acordo com a doutrina contemporânea sobre a matéria, como se vê das lições de Elena Jaccheri:

*“mi pare indubbia la natura peculiare della vendita forzata e, conseguentemente, inutile ogni sforzo interpretativo tendente a ricondurre ad unità un procedimento complesso ed eterogeneo. La vendita forzata, riconoscendo quei tratti di diritto che evidenziano elementi di analogia con le forme del contratto di diritto privato, da un lato, e la natura coercitiva dei poteri che sono volti al perseguimento di un interesse che ineriscono all’ufficio esecutivo che l’assimilano ad una realtà processual-publicistica, dall’altro, rappresenta una fase composita che proietta i propri effetti verso l’esterno, sul piano del diritto materiale, ma che si compie nell’esercizio di una attività giurisdizionale”.*<sup>55</sup>

Das lições de Pugliatti<sup>56</sup> e Coviello<sup>57</sup> também é possível verificar a complexidade do procedimento da hasta pública, dando amparo assim à opinião apresentada neste estudo. Ambos enfatizam o caráter público da arrematação, porém com importantes observações quanto à produção de seus efeitos no âmbito do direito privado. Embora neguem a existência de uma figura contratual, admitem a existência de dois atos unilaterais: um de caráter público, que é a oferta pelo Poder Público; e outro de caráter privado, que é o ato de arrematar, cuja manifestação de vontade está presente no lance oferecido pelo arrematante.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> JACCHERI, Elena. *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo: riflessioni alla luce della modifica dell'ART.586 codice di procedura civile introdotta della legge 12 luglio 1991 n.203* Rivista di diritto processuale, Padova, s.2a.48n.3(Luglio-Settembre1993), p.793-833. Tradução livre: “Parece-me indubitável a natureza peculiar da venda forçada e, portanto, inútil qualquer esforço interpretativo tendente a reconduzir a uma unidade um processo complexo e heterogêneo. A venda forçada, reconhecendo aqueles traços de direito que evidenciam elementos de analogia com as formas de contrato privado, de um lado, e a natureza coercitiva dos poderes que lhe são destinadas a perseguir um interesse inerente ao juízo executivo que assimilam uma realidade processual-publicística, de outro, representa uma fase composta que projeta seus efeitos para o exterior, sobre o plano de direito material, mas que se realiza no exercício de uma atividade jurisdicional”.

<sup>56</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano: ESI, p. 312/317.

<sup>57</sup> COVIELLO, Nicola. *Della Trascrizione*, t. II, n. 264, p. 135.

<sup>58</sup> Diante da ligação entre os dois atos seria inevitável a produção de efeitos no direito privado. Pugliatti construiu a sua teoria sobre as transferências coativas, onde se inclui a arrematação, com base em três principais fundamentos, a saber: i) a ausência de vontade por parte do executado; ii) a justificação da atuação do órgão executivo; iii) o caráter derivado da transferência forçada. Em relação ao primeiro elemento, a ausência de vontade do executado, o autor afirma que na venda forçada o devedor não manifesta a sua vontade na transferência de seu direito a um terceiro e que, qualquer vontade implícita de sua parte, é completamente inexistente. Admite uma aproximação em relação à compra e venda, porque esta também é uma transferência a título oneroso por ato entre vivos, porém haveria também uma fundamental distinção, tendo em vista que a compra e venda tem como pressuposto a manifestação de vontade do titular do direito. Além disso, segundo Pugliatti, não faltaria apenas a manifestação de vontade, pois o devedor se encontra obrigado a submeter-se ao processo executivo com todas as consequências, entre as quais a perda de seu direito de propriedade sobre a coisa, que lhe é expropriada e atribuída a um terceiro. Quanto ao segundo fundamento, explica Pugliatti que normalmente os direitos são transmitidos por seus respectivos

Pugliatti constrói a sua teoria sobre *trasferimento coattivo* sustentado ser uma transferência de direitos entre vivos, normalmente a título oneroso, realizada sem a manifestação de vontade do titular, e até mesmo contra ela.<sup>59</sup> Essa linha de pensamento, embora tenha sofrido críticas<sup>60</sup>, tem especial importância para este estudo haja vista que, para produção de efeitos da venda forçada no âmbito do direito privado, não é imprescindível qualificá-la como negócio jurídico, sendo suficiente, em nossa opinião, a existência de um ato oneroso de transmissão de direito.

Pugliatti tem a felicidade de justificar a sua teoria não apenas pela dogmática construída acerca do conceito de transmissão coativa (*trasferimento coattivo*), mas principalmente pela função prática social exercida pelo processo de execução. Ressalta o autor que um dos meios de que serve a lei para atuação dos fins do processo é justamente a transferência coativa. Esta não seria um fim em si mesmo, mas o meio mais importante apresentado pelo Direito para conseguir atingir a finalidade da própria execução, de tal modo que é dever do órgão público atuar para realização dos fins sociais da norma. Verifica-se, assim, que a transferência forçada do direito pertencente ao executado exerce uma importante função porque assegura o adimplemento obrigacional quando este não é voluntariamente

---

titulares em virtude de uma manifestação de vontade, mas também sem ou contra a vontade desses para atender a um fim público, em virtude de uma manifestação de vontade de um órgão do Poder Público. Nesse caso, a vontade do titular do direito transferido é substituída por um procedimento complexo que resulta em uma série de atos coordenados. Pugliatti então justifica a sua teoria sustentando que ela tem um perfil negativo, por não atuar de acordo com a vontade do titular do direito, e um perfil positivo, por ser um ato de vontade emanado de um órgão do Poder Público, o qual não faz mais do que realizar a sua própria função, que é exercer o poder que a lei lhe confere. Trata-se, segundo Pugliatti, de um poder-dever, pois o órgão investido desse poder não pode recusar o cumprimento da sua própria função jurisdicional, isto é, o exercício do poder com o fim de realizar a transferência coativa. E tudo isso ocorreria porque a vontade do órgão público estaria acima da vontade do titular, a vontade estatal seria superior e, ela sozinha, revogaria, por um lado, o direito do titular originário e, por outro lado, o atribuiria ao adquirente. Por fim, é apresentado o terceiro elemento, qual seja, o caráter derivado da transferência coativa que se realiza por meio da venda forçada. Pugliatti afirma que é derivado porque o direito em questão se transfere integralmente, com todas os limites e gravames que gravam o bem. Logo, ao terceiro, transfere-se exatamente o mesmo direito que tem o devedor expropriado.

<sup>59</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale. cit.*, p. 171. “Il trasferimento coattivo è un trasferimento (di diritto) tra vivi, normalmente a titolo oneroso, effettuato senza il concorso della volontà del titolare (e quindi anche contro di essa)”.

<sup>60</sup> SATTÀ, Salvatore. *La Rivendita Forzata*, 1933, p. 77. Satta também é adepto da teoria publicista da arrematação judicial, porém, discorda de Pugliatti quanto a teoria das transferências coativas, primeiro por entender indevido o paralelismo feito entre a desapropriação por utilidade pública e a arrematação e segundo quando dá como termos fungíveis arrematação e execução e acaba vendo toda a execução em função da venda. A segunda crítica o próprio Pugliatti respondeu (pag. 170 *esecuzione forzata e diritto sostanziale*) afirmando que o termo “venda forçada” deveria ser substituído pelo de transferência coativa que compreende a arrematação, a revenda e a adjudicação, isto é, todas as transferências invito domino que atuam na execução.

cumprido, motivo pelo qual é um instrumento indispensável para segurança do sistema de crédito. O fato de a execução ter por função assegurar o adimplemento obrigacional do executado justifica não apenas a incidência da garantia como outras normas de direito privado.

Arrematação é, portanto, uma oferta de venda promovida pelo Estado cujas regras e condições constam de um edital de praça, no qual o pretense adquirente, respaldado pelas informações prestadas neste anúncio, oferece o seu lance com o compromisso de depositá-lo em conta judicial, ficando a homologação da compra condicionada ao preenchimento dos requisitos legais disciplinados na lei processual e de direito material (v.g. art. 497 do CC).<sup>61</sup> Por isso, parece acertada a definição de Pugliatti<sup>62</sup> ao afirmar que são dois atos jurídicos unilaterais e autônomos: o primeiro um ato unilateral (oferta ao público) promovida pelo órgão judicial que visa alienar determinado bem do executado, para transformá-lo em dinheiro e transferi-lo ao arrematante; o segundo um ato oneroso de aquisição, com claríssima manifestação de vontade, pelo qual uma pessoa (arrematante) oferece um lance para aquisição de determinado bem ou direito. Porém, este segundo ato fica condicionado à homologação judicial devido à necessidade do preenchimento de requisitos legais disciplinados nos artigos 686 e seguintes do CPC.<sup>63</sup> Existe, até a homologação judicial, apenas uma expectativa de direito.

Trata-se, inquestionavelmente, de um procedimento complexo revestido de dois atos, embora independentes, ligados funcionalmente, porém condicionados a uma criteriosa análise pelo juiz que pode não homologar determinada tentativa de compra.<sup>64</sup> Com o cumprimento de todas as exigências legais e homologada a arrematação judicial, que ocorre com a assinatura do auto de arrematação conforme prevê o art. 694 do CPC<sup>65</sup>, surge um ato jurídico oneroso de transmissão da propriedade que repercute em várias áreas do direito. Mesmo não sendo a venda

---

<sup>61</sup> Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública: I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração; II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade; IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

<sup>62</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. cit, p. 312/317.

<sup>63</sup> Correspondente aos artigos 879 a 903 do Novo Código de Processo Civil

<sup>64</sup> Se o lance, por exemplo, for considerado preço vil, o juiz, com apoio no art. 692 c/c 694 do CPC, não deve homologar a tentativa de aquisição do bem submetido à hasta pública

<sup>65</sup> Correspondente aos artigos 901 e 903 do Novo Código de Processo Civil

forçada um contrato de compra e venda comum (um negócio jurídico), como um típico ato de autonomia privada, em razão da ausência de formação de consenso entre o arrematante e o executado (proprietário do bem), é uma transmissão onerosa que supõe o equilíbrio das prestações recíprocas, motivo pelo qual justificável à aplicação de normas de direito privado, quando compatíveis, a esta modalidade aquisitiva, mas isto será melhor examinado no tópico sobre a função da hasta pública.

A indagação que fica, a qual procuraremos responder no tópico seguinte, é se a arrematação é uma aquisição originária ou derivada e quais as implicações daí decorrentes.

### **1.3. Enquadramento da aquisição em hasta pública como aquisição derivada: distinção entre aquisição originária e derivada e as implicações jurídicas daí decorrentes**

O enquadramento jurídico da arrematação judicial como sendo modalidade aquisitiva originária ou derivada exige uma compreensão prévia sobre o conceito de transmissão no direito brasileiro, uma vez que foi através deste conceito que se chegou à distinção entre os dois modos aquisitivos. Este tópico tem por objetivo apresentar o conceito de transmissão, apontar a diferença entre os dois modos aquisitivos, para então inserir a arrematação dentro da categoria correta.

Entretanto, antes de apresentar o conceito de transmissão é necessário fazer um esclarecimento inicial quanto ao termo sucessão que costuma ser utilizado pela doutrina como sinônimo de transmissão.<sup>66</sup> Pugliatti adverte que o termo sucessão, tecnicamente, não se confunde com a transmissão porque nesta o ponto de partida se dá por meio do titular do direito, enquanto na sucessão é por meio do sujeito que adquire.<sup>67</sup> Embora o autor admita o uso do termo sucessão em sentido amplo para abarcar todas as aquisições derivadas, faz um alerta importante sobre a

<sup>66</sup> TELES, Galvão. *Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão*, nº7, p. 43, Lisboa, 1965. Para quem “os termos transmissão e sucessão podem hoje considerar-se sinônimos. Designam o fenômeno global que resulta da perda ou liberação relativas e da aquisição ou vinculação derivadas. O direito ou obrigação deixa de ter um sujeito, de que se desprende, e passa a ter um outro, em que se radica. A relação jurídica transmite-se, pelo lado ativo ou passivo, ou, o que é o mesmo, uma pessoa sucede a outra na situa titularidade”.

<sup>67</sup> Nel trasferimento il punto di partenza è il primo titolare del diritto; nella successione il punto di partenza è il soggetto che acquista. Vero è che anche nel trasferimento abbiamo un acquirente e, se vuoi, un successore, ma il trasferimento muove dal trasmittente al quale fa capo la forza propulsiva che lo opera. (PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. *cit.*, p. 103 e ss.)

distinção dos conceitos de transmissão, aquisição e sucessão (sentido estrito).<sup>68</sup> Depois de observar que a aquisição do direito é apenas um dos dois efeitos de sua transmissão, esclarece que esta se caracteriza por produzir uma perda ao titular precedente e uma aquisição ao novo titular, sendo estes dois efeitos interdependentes, contemporâneos e, sobretudo, baseados na mesma causa jurídica.<sup>69</sup> Prossegue o autor afirmando que não decorrem de transmissões àquelas aquisições que, embora sucessivas a uma perda, dependem de causa autônoma, por exemplo quando, em seguida ao abandono de uma coisa (*dereliction*), alguém adquire a propriedade sobre ela pela ocupação, caso em que não se tem transmissão porque o abandono e a ocupação são dois atos jurídicos distintos e independentes.<sup>70</sup> E, por fim, ensina que a sucessão em sentido amplo inclui a transmissão por compreender, na sua essência, as aquisições derivadas, mas a sucessão em sentido estrito não se confunde com a transmissão, pois são conceitos que têm pontos de partidas diversos.<sup>71</sup>

A análise de Pugliatti tem um efeito prático imenso por identificar que nem toda aquisição está relacionada a uma transmissão, pois aquela pode ocorrer por meio de uma causa independente e dissociada a uma transmissão, sem existir relação alguma com o direito anterior. Diante disso, é possível notar que, de toda transmissão ou sucessão (em sentido amplo) de um direito, resulta na aquisição deste. Todavia, há direito que se adquire sem que haja transmissão ou sucessão, como, por exemplo, ocorre com a usucapião. É por causa dessa situação que se introduziu na dogmática jurídica a distinção entre aquisição originária e derivada. E, como afirma Grócio, essa distinção tomou por base, essencialmente, a ocupação de *res nullius* ou de *res derelicta*, indiferentemente, para a aquisição originária, e a *tradition* e a sucessão hereditária (testamentária ou legítima) para a aquisição

<sup>68</sup> TUHR, Andreas Von. *Derecho civil: teoría general del derecho civil aleman* / Andreas Von Tuhr; prólogo por el Professor Tullio Ascarelli; traducción por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma. 1947, p. 39. Von Tuhr refere-se frequentemente à sucessão como ato de transmissão de direito, *in verbis*: Por lo general, la adquisición derivada entraña la modificación del sujeto: su efecto es la sucesión em el derecho (...) El caso más sencillo de sucesión es la transferencia de um derecho em su pleno estado objetivo a um sujeto nuev; esta es la sucesión traslativa (...) también existe sucesión cuando se trnsfiere a outro sujeto uma parte de las facultades que integram um derecho y de esta manera se crea um derecho nuevo com parte de la matéria del antiguo; em este caso la sucesión se denomina constitutiva.

<sup>69</sup> Il trasferimento produce um perdita in capo al titolare precedente e um acquisto in capo al nuovo titolare. Questi due effetti però sono interdipendenti, contemporanei e soprattutto basati sulla medesima causa giuridica. (PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale. cit.*, p. 98)

<sup>70</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale. cit.*, p. 99-103.

<sup>71</sup> Vide nota 50

derivada.<sup>72</sup>

Estabelecido o conceito de transmissão como sendo a perda de um direito ao titular precedente e uma aquisição ao novo titular com base em uma mesma causa jurídica, é preciso investigar qual modo aquisitivo (originário ou derivado) se enquadra dentro deste conceito de transmissão e em qual deles à arrematação está inserida. A doutrina moderna adotou como critério para distinguir a aquisição originária da derivada, a existência ou não de sucessão (em sentido amplo ou como sinônimo de transmissão), normalmente o fazendo sob o aspecto subjetivo, ou seja, a existência ou não de transmissão de direito pelo seu titular (o que Pugliatti chama de ponto de partida).

Caio Mário da Silva Pereira<sup>73</sup> sustenta que apenas a ocupação é modalidade de aquisição originária por considerar que somente aqueles bens que nunca estiveram sob o senhorio de alguém estão inseridos dentro do conceito desta modalidade aquisitiva. Para este autor “é uma propriedade que se adquire sem que ocorra a sua transmissão por outrem, seja voluntária ou involuntária, seja direta ou indireta”. Para Sílvio de Salvo Venosa “a aquisição de propriedade é originária quando desvinculada de qualquer relação com o titular anterior. Nela não existe relação jurídica de transmissão. Inexiste ou não há relevância jurídica na figura do antecessor”.<sup>74</sup> Fábio Ulhoa Coelho diz que a “aquisição originária é aquela em que o adquirente não tem, como o proprietário anterior do bem, nenhuma relação jurídica que fundamente a aquisição”.<sup>75</sup> Já para Maria Helena Diniz, “tem-se aquisição originária quando o indivíduo faz o seu o bem sem que este lhe tenha sido transmitido por alguém, não havendo qualquer relação entre o domínio atual e o anterior”.<sup>76</sup>

Note-se pela doutrina brasileira que o modo originário está relacionado à inexistência de uma relação jurídica entre sujeitos (aspecto subjetivo), ou melhor, a inexistência de transmissão do titular do direito em relação àquele que o adquiriu. Essa análise, no entanto, é insuficiente para compreender a real diferença entre os modos aquisitivos, sendo necessário investigar com maior profundidade o tema. No

<sup>72</sup> GROTIUS, Hugo. *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, trad. P. Pradier-Fodérér, Tom. I e II, p. 431 e ss e 1 e ss, respectivamente, Paris, 1917.

<sup>73</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume IV, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 115.

<sup>74</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos reais*, vol. V, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 192.

<sup>75</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2006. p.77.

<sup>76</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.120.

direito italiano, embora a análise também passe pelo aspecto subjetivo (relação entre sujeitos), é possível notar uma segunda característica: a existência de uma ligação direta entre o adquirente e o objeto.

Emílio Betti<sup>77</sup> afirma que, quando a aquisição é justificada por uma ligação imediata com o objeto de cuja aquisição se trata, ela teria caráter originário, cuja distinção entre os modos é assim feita pelo autor:

“(…) se aquisição é justificada por meio de uma relação do adquirente com outra pessoa legitimada, por intermédio da qual a transmissão necessariamente se opera, ela tem caráter derivada. Se, pelo contrário, a aquisição é justificada por uma relação imediata com o objeto de cuja aquisição se trata, sem passar pelas mãos de outra pessoa, nem depender da relação com outra pessoa, então ela tem caráter originário”<sup>78</sup>.

Luigi Ferrara, ao contrário de Caio Mário, destaca que na aquisição originária não se exige a inexistência de um direito anterior, o que poderia levar o intérprete a uma conclusão equivocada, apenas que este direito anterior não importa para aquisição do “novo” direito, *in verbis*:

*“L’acquisto originário è necessariamente acquisto di diritto nuovo. Esso, però, può avere per oggetto cosa su cui esiste già altro diritto (anche eguale) a favore di altro soggetto; così nella prescrizione acquisitiva, a favore dell’usucapiente sorge un nuovo diritto di*

<sup>77</sup> BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Servanda Editoria. Campinas–SP: Servanda, 2008, p. 26/28. Ou, no original, (...) Se, per contro, l’acquisto è giustificato da una relazione imediata con l’oggetto del cui acquisto si tratta, senza passare per tramite di altri nè dipendere dal rapporto con altra persona, allora esso há carattere originário. (*Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p.26)

<sup>78</sup> V., também, as lições de FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, p. 17. “L’acquisto può essere originário o derivativo. La distinzione si fonda su un rapporto di causalità tra perdita o limitazione di un diritto ed acquisto del diritto nel senso che questo deve potersi considerare l’effetto di quella. Irrilevante è se si acquisti diritto preesistente o diritto nuovo: innegabile è che può aversi acquisto derivativo nuovo. Con riguardo a ciò, bene si suole distinguere l’acquisto derivativo-traslativo quando lo stesso diritto passa da un soggetto all’altro (Tizio vende a Sempronio il suo fondo: il diritto di proprietà su questo passa da Tizio a Sempronio); si ha acquisto derivativo- costitutivo quando sul diritto di un soggetto si fonda il diritto dell’altro (Tizio concede a Sempronio una servitù di passaggio sul fondo di sua proprietà). Nell’acquisto derivativo impera la regola *<nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet>*; dovendosi, infatti, trasferire il medesimo diritto o costituire il diritto nuovo sul fondamento del precedente, il dante causa deve, di regola, esser titolare del diritto che deve passare ad altri o deve vita al diritto nuovo. L’acquisto originário è necessariamente acquisto di diritto nuovo. Esso, però, può avere per oggetto cosa su cui esiste già altro diritto (anche eguale) a favore di altro soggetto; così nella prescrizione acquisitiva, a favore dell’usucapiente sorge un nuovo diritto di proprietà su cosa che è di proprietà altrui. Naturalmente, col sorgere del diritto nuovo, si estingue – senza intervallo di tempo concepibile – il preesistente diritto di proprietà sulla cosa, in virtù del principio *<duorum in solidum dominium esse non potest>*. Ancor più l’acquisto originario può importare il sorgere di un diritto su cosa che non è stata mai di alcuno (res nullius), ovvero su cosa che non è di alcuno nel momento in cui sorge il diritto nuovo (res derelicta). Con l’acquisto originario, pertanto, può anche coincidere la perdita di un diritto: questa, però, non è causa, ma effetto dell’acquisto. Per fermare l’attenzione sulle più notevoli fattispecie, ricorderemo, come casi di acquisto derivativo, i vari casi di alienazione (vendita, donazione, costituzione di servitù o di usufrutto) o di trasmissione mortis causa..”

*proprietà su cosa che è di proprietà altrui. Naturalmente, col sorgere del diritto nuovo, si estingue – senza intervallo di tempo concepibile – il preesistente diritto di proprietà sulla cosa, in virtù del principio <duorum in solidum dominium esse non potest>*<sup>79</sup>.

Em análise semelhante, porém mais detalhada e esclarecedora, Von Tuhr ensina que a aquisição é originária quando não depende, em seu suporte fático, da existência de um outro direito, assim conceituando a aquisição originária:

“A aquisição pode ser originária, mesmo que já exista um direito de igual conteúdo em favor de outro sujeito de direito; a aquisição é, apesar disso, originária se o direito atual não deriva do anterior, mas tem um fato constitutivo próprio. Não há, então, sucessão, mas uma sequência de direitos que se pode chamar de suplantação ou substituição de direitos, conforme o nascimento do novo ou a extinção do antigo direito se apresente como o *prius* lógico. A suplantação ocorre quando o direito anterior se extingue porque sua subsistência seria incompatível com a existência do direito novo. O caso mais importante das inconciliabilidades de direitos se apresenta na propriedade. O exemplo típico de suplantação é o usucapião; o usucapiente funda sua aquisição na posse própria de muitos anos aliada à boa-fé ou à inscrição no registro imobiliário, §§ 937 e 900, e não tem relação alguma com o proprietário anterior. O efeito primário do usucapião é a aquisição da propriedade; e dele decorre a extinção da propriedade anterior, porque duas propriedades não podem coexistir sobre a mesma coisa”.<sup>80</sup>

Diante da análise até aqui realizada, é possível afirmar que a transmissão de direito está relacionada com o modo derivado de aquisição, enquanto a ausência de transmissão está relacionada ao modo originário (v.g. ocupação e usucapião). Sempre que houver uma transmissão (ou sucessão em sentido amplo) de direito estar-se-á diante de um modo derivado de aquisição. Estabelecido o conceito de transmissão e a diferenciação entre modo originário e derivado, resta saber se a arrematação é ou não um ato de transmissão e, conseqüentemente, em qual modalidade está inserida.

Indiscutivelmente, a arrematação acarreta a perda do direito pelo titular precedente (executado) e uma aquisição em relação ao novo titular (arrematante),

<sup>79</sup>FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano. cit*, p. 17. Tradução livre: “A aquisição originária é necessariamente aquisição de um direito novo. Ela, no entanto, pode ter por objeto coisa sobre a qual já existe outro direito (também igual) a favor de outro sujeito; assim na prescrição aquisitiva, em favor do usucapiente surge um novo direito de propriedade sobre a coisa que é de propriedade de outrem. Naturalmente, com o surgimento de um direito novo, se extingue – sem intervalo de tempo concebível – o direito preexistente de propriedade sobre a coisa, em virtude do princípio *duorum in solidum dominium los non potest*”.

<sup>80</sup>TUHR, Andreas Von. *Derecho civil: teoría general del derecho civil aleman. cit*, p. 46-47.

sendo estes dois efeitos (a perda e a aquisição) interdependentes, claramente contemporâneos, e, sobretudo, baseado na mesma causa jurídica. Não há na arrematação a existência de um fato constitutivo próprio, independente do direito do executado, motivo de não ser aquisição originária.<sup>81</sup> Ela se funda, portanto, em direito precedente do executado, sendo inegável a identidade objetiva do direito que é coativamente transferido com aquele que é adquirido, inexistindo uma relação direta e imediata com a coisa.

O arrematante adquire os mesmos direitos que pertenciam ao executado, inclusive com as limitações existentes.<sup>82</sup> Se o executado não tem a propriedade do bem submetido à hasta pública, o arrematante, por evidente, não pode recebê-la, salvo em relação aos bens móveis, mas neste caso por força de previsão legislativa expressa (CC, art. 1.268).<sup>83</sup>

Pela construção teórica de Pugliatti é fácil verificar que a arrematação é uma transferência coativa e uma modalidade derivada de aquisição que, segundo Von Tuhr, ocorre quando a situação jurídica nova se relaciona com a anterior, de tal sorte

<sup>81</sup> Referindo-se sobre o modo aquisitivo na transferência forçada, equivalente a arrematação no direito brasileiro, Pugliatti destaca: “E l’acquisto è derivativo, non originario, perchè segue ad un trasferimento, sia pure fondato su volontà aliena rispetto a quella del titolare.” (PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. cit, p.186).

<sup>82</sup> A Corte di Cassazione Italiana, por meio da sentença 20037 de 22 setembro de 2010, decidiu, assim como em outros julgados, tratar-se a arrematação decorrente de processo executivo (para eles vendida forzata) de aquisição derivada, valendo destacar o seguinte trecho do acórdão: “...La Corte d’appello ha infatti errato nell’affermare la natura originaria dell’acquisto per effetto di decreto di trasferimento all’esito di una procedura esecutiva. In proposito, la giurisprudenza di questa Corte è ormai saldamente orientata nel senso che “l’acquisto di un bene da parte dell’aggiudicatario in sede di esecuzione forzata, pur essendo indipendente dalla volontà del precedente proprietario ricollegandosi a un provvedimento del giudice dell’esecuzione, ha natura di acquisto a titolo derivativo e non originario, in quanto si traduce nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato” (Cass., n. 27 del 2000). In tale pronuncia, questa Corte ha consapevolmente ribadito l’indicato orientamento, rilevando come quello secondo cui l’acquisto per effetto di decreto di trasferimento emesso all’esito di una procedura di esecuzione forzata sarebbe un acquisto a titolo originario, costituisca un isolato precedente (Cass. n. 4899 del 1980), non divisibile, mentre più aderenti alla natura stessa della vendita forzata si appalesano decisioni antecedenti e successive a quella ora richiamata, secondo le quali l’acquisto di un bene in sede di esecuzione forzata, da parte dell’aggiudicatario, pur essendo indipendente dalla volontà del precedente proprietario e ricollegandosi ad un provvedimento del giudice dell’esecuzione, ha appunto natura di acquisto a titolo derivativo e non originario in quanto si traduce nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato (Cass., n. 2724 del 1969; Cass., n. 1299 del 1977; Cass., n. 5888 del 1982; Cass., n. 443 del 1985; Cass., n. 15503 del 2000)”

<sup>83</sup> Em se tratando de bens móveis submetidos à leilão, o legislador optou por proteger o arrematante de boa-fé mesmo diante de uma aquisição *a non domino*. Todavia, o mesmo não ocorre com a venda de bens imóveis, cuja previsão é em sentido contrário, ou seja, de não permitir a aquisição *a non domino*. Ao não permitir a aquisição *a non domino* de bens imóveis e, conseqüentemente, a ocorrência de evicção em hasta pública, o legislador qualificou esta figura, prévia e implicitamente, como modo derivado de aquisição, e isto ocorre devido a sua função ser semelhante àquela desempenhada pela compra e venda. Observe-se que o legislador claramente diferenciou os regimes jurídicos dependendo do bem alienado, se móvel ou imóvel. Ao fazer isso, reconhece a inexistência de evicção por defeito de titularidade aos bens móveis, considerando tal hipótese como aquisição originária, e a existência de evicção aos bens imóveis, considerando esta como aquisição derivada.

que esta aparece como a relação de origem e, portanto, condiciona o nascimento daquela.<sup>84</sup> Na usucapião, por exemplo, a aquisição independe da existência de um outro direito ou de uma transmissão. É uma ligação direta que o adquirente tem com a coisa, cuja aquisição não guarda relação com o direito pertencente ao proprietário. Por isso, trata-se de aquisição originária e não incide fato da evicção, pois não há transmissão de direito, e, conseqüentemente, não são transferidos vícios de direito.

Ao contrário ocorre com a arrematação, visto que a aquisição do direito está vinculada ao direito que o executado possuía sobre a coisa antes dela ser penhorada e alienada judicialmente.<sup>85</sup> Esse raciocínio se aplica à arrematação porque o direito que o devedor possui sobre o bem cuja penhora incide é obrigatoriamente levado em conta. Só pode ser objeto de penhora àquele direito que, comprovadamente, pertencer ao executado, devendo o juiz, antes de realizar a constrição, se certificar se o executado tem algum direito sobre o bem cuja penhora se pretende realizar.

Há, assim, um vínculo entre o direito arrematado e aquele que era de titularidade do executado, pois o executado transmite, ainda que coativamente, os seus direitos ao arrematante, sendo justamente por esta razão que ocorre o fato da evicção, ou seja, o direito ruim transmitido permite o surgimento da evicção. É por isso que a natureza jurídica da venda forçada não pode ser vista como figura exclusiva de direito processual, já que, inevitavelmente, ela produz efeitos no direito civil, sendo necessário resolver eventuais conflitos com as regras de direito material.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> TUHR, Andreas Von. *Derecho civil: teoria general del derecho civil aleman. cit*, p.38

<sup>85</sup> “A aquisição originária se verifica quando o modo aquisitivo não guarda relação de causalidade com o estado jurídico anterior de domínio. A aquisição da propriedade pelo usucapiente mostra-se originária porque não decorre de relação jurídica estabelecida com o proprietário anterior, como ocorreria no contrato de compra e venda, exemplo típico de negócio jurídico que tem por objeto alienação do domínio. O adquirente por usucapião não sucede juridicamente ao proprietário, não adquirindo dele, mas contra ele...” (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 519)

<sup>86</sup> A doutrina Italiana superou há bastante tempo essa questão, valendo transcrever as precisas lições de Coviello: “*Perchè un acquisto possa considerarsi come derivativo, occorrono due elementi: primo che l’acquisto per una persona segua nel tempo stesso in cui s’avvera la perdita o la diminuzione del diritto in altra persona; secondo che la perdita o la diminuzione del diritto in una persona sia diretta a produrre l’acquisto in favore d’um’altra, dimodochè l’acquisto possa considerarsi come un effecto di quella perdita o diminuzione. Poco importa poi se questo nesso di causalità dipenda dalla volontà dell’uomo, come ne’ contratti, o s’avveri per fatti in volontari, come nella successione intestata, o anche contro la volontà stessa dell’antico titolare del diritto, come seguenegli acquisti che avvengono per legge, o per disposizione dell’autorità (espropriazione per pubblica utilità, espropriazione forzata per debiti)*”. (COVIELLO, NICOLA. *Manuale di Diritto Civile Italiano parte generale*, terza edizione. Milano: Società Editrice Libreria, 1924, p. 312)

A jurisprudência<sup>87</sup>, principalmente do STJ, tem entendimento firme no sentido de que a arrematação realizada em ação de execução é uma aquisição originária, com o que não se pode concordar, sendo de grande utilidade enfrentar os fundamentos utilizados pela jurisprudência para demonstrar o equívoco desta qualificação.

### **1.3.1. Análise crítica da interpretação consolidada na jurisprudência, inclusive do STJ**

Pelas razões expostas, não se pode concordar com o entendimento jurisprudencial, principalmente do STJ, que considera a arrematação judicial modo originário de aquisição. O STJ, por meio de inúmeros julgados (v. g. REsp 117.9056/MG<sup>88</sup>, AgR no Ag 1.225.813/SP<sup>89</sup>, REsp 909.254/DF<sup>90</sup>, REsp 1038800/RJ<sup>91</sup> etc), enquadra a arrematação como modo originário de aquisição por

<sup>87</sup> V. Agravo de Instrumento n. 0060959-15.2012.8.19.0000 do TJ/RJ.

<sup>88</sup> Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL EM HASTA PÚBLICA. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA. ADJUDICAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. OCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PROPTER REM. EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. 1. Discute-se nos autos se o credor-exequente (adjudicante) está dispensado do pagamento dos tributos que recaem sobre o imóvel anteriores à adjudicação. 2. Arrematação e adjudicação são situações distintas, não podendo a analogia ser aplicada na forma pretendida pelo acórdão recorrido, pois a adjudicação pelo credor com dispensa de depósito do preço não pode ser comparada a arremate por terceiro. 3. A arrematação em hasta pública extingue o ônus do imóvel arrematado, que passa ao arrematante livre e desembaraçado de tributo ou responsabilidade, sendo, portanto, considerada aquisição originária, de modo que os débitos tributários anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta. Precedentes: REsp 1.188.655/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 8.6.2010; AgRg no Ag 1.225.813/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8.4.2010; REsp 909.254/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 21.11.2008 (...)”

<sup>89</sup> Ementa: “EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - ARREMATAÇÃO DE BEM IMÓVEL – AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA - INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ARREMATANTE - APLICAÇÃO DO ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. 1. A arrematação de bem móvel ou imóvel em hasta pública é considerada como aquisição originária, inexistindo relação jurídica entre o arrematante e o anterior proprietário do bem, de maneira que os débitos tributários anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta”.

<sup>90</sup> Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL. HASTA PÚBLICA. MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ÔNUS RELATIVOS AO IPTU E À TLP. SUB-ROGAÇÃO DOS DÉBITOS SOBRE O RESPECTIVO PREÇO. PRECEDENTES. 1. Nos termos do parágrafo único do art. 130 do CTN, os créditos relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, sub-rogam-se sobre o respectivo preço quando arrematados em hasta pública, não sendo o adquirente responsável pelos tributos que oneraram o bem até a data da realização da hasta. Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte. 2. A hipótese dos autos se subsume ao entendimento esposado, sendo direito do adquirente receber o imóvel livre de ônus tributários, razão pela qual é de se determinar a concessão da segurança pleiteada pela recorrente para que seja expedida a certidão negativa de débitos tributários referentes, tão-somente, ao IPTU e à TLP, anteriores à data da arrematação em 14 de novembro de 2003, bem como o registro da carta de arrematação no cartório de registro de imóveis competente. 3. Recurso especial provido.

<sup>91</sup> Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE CANCELAMENTO DE PENHORA REALIZADA EM EXECUÇÃO FISCAL DECORRENTE DE ARREMATAÇÃO EM PROCESSO QUE TRAMITOU NA

meio de uma aplicação automática e repetitiva, na qual não se analisa sequer a diferença existente entre os dois modos aquisitivos. Quando se está decidindo um caso concreto, é comum fazer menção a outro aresto e isso se torna um hábito perigoso e equivocado, visto a falta de fundamentação jurídica para incluir à arrematação dentro de uma ou outra modalidade.

Os fundamentos utilizados pelo STJ são de duas ordens: o primeiro diz respeito a falta de consenso do proprietário na transferência do bem, sob o fundamento de que não haveria uma relação causal entre o executado e o arrematante que pudesse justificar o enquadramento jurídico do ato aquisitivo na categoria de negócios jurídicos; o segundo diz respeito à extinção dos ônus recaídos sobre o imóvel.

O primeiro fundamento foi enfrentado nos tópicos anteriores e se concluiu que a arrematação, mesmo ocorrendo contra a vontade do executado, está inserida dentro do conceito de transmissão, sendo, conseqüentemente, uma aquisição derivada, o que o torna primeiro fundamento utilizado pelo STJ equivocado.

O segundo fundamento utilizado pelo STJ para inserir a arrematação como modalidade de aquisição originária também é equivocado. Com efeito, a extinção dos ônus não ocorre pelo modo originário de aquisição da propriedade, mas devido à certas regras legais que disciplinam tais hipóteses. Assim ocorre, por exemplo, com relação às dívidas fiscais (v. g. IPTU e taxa de incêndio) cujo art. 130 do CTN determina a sub-rogação de tais impostos/débitos no produto da arrematação. Do mesmo modo ocorre com a hipoteca, cujo art. 1.499 do CC prevê a sua extinção no caso de arrematação, mas desde que o credor hipotecário seja intimado na forma do art. 1.501 do mesmo diploma e art. 698 do CPC, visando com isso assegurar o exercício do direito de preferência, seja na aquisição do bem ou no recebimento do

---

JUSTIÇA ESTADUAL. NULIDADE DO LEILÃO. PENDÊNCIA. INDEFERIMENTO. UTILIZAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO QUANTO ÀS PREMISSAS FÁTICAS. CONFIGURAÇÃO. 1. Hipótese em que o mesmo imóvel foi penhorado em Execução Fiscal da União e em execução do Banco do Brasil. Na demanda deste último, o bem foi arrematado. A arrematante requereu ao juiz da primeira execução o cancelamento da medida constritiva, o qual foi indeferido, com base no poder geral de cautela, diante da notícia de que a Fazenda Pública questionou o procedimento de alienação judicial, alegando nulidade do leilão. 2. A arrematação de bem em leilão caracteriza-se como aquisição originária da propriedade, liberando-o dos ônus até então incidentes. Precedentes do STJ (...) No mesmo sentido: AgRg no Ag 1225813/SP, de 23/03/2010 (Relatora Ministra Eliana Calmon); REsp 1059102/RS, de 03/09/2009 (Relator Ministro Luiz Fux); REsp 1038800/RJ, de 20/08/2009 (Relator Ministro Herman Benjamin); REsp n° 807455/RS, de 28/10/2008 (Relatora Ministra Eliana Calmon); REsp n° 40191/SP, de 14/12/1993 (Relator Ministro Dias Trindade); e REsp n° 1179056/MG, de 07/10/2010 (Relator e Ministro Humberto Martins)”.

crédito.<sup>92</sup>

Observa-se, entretanto, que o mesmo não ocorre com as dívidas condominiais que, por serem obrigações *propter rem*, permanecem vinculadas ao imóvel e o art. 1.345 do CC prevê a responsabilidade do adquirente, sem diferenciar a modalidade aquisitiva, quanto ao pagamento de eventual débito, ainda que anterior à aquisição. Essa hipótese corrobora com a tese de que a arrematação é modo derivado e, por isso mesmo, transmite eventuais ônus que não são afastados por determinação legal.

Outra situação indicativa de que o entendimento do STJ é equivocado e que a arrematação judicial é aquisição derivada é quando o imóvel penhorado está gravado com usufruto. Salvo se se tratar de dívida condominial ou fiscal do imóvel, que resulta na extinção do direito real, cabe ao arrematante respeitar o usufruto porque só se adquire a nua propriedade, como inclusive já decidiu o próprio STJ.<sup>93</sup> O arrematante somente consolida a propriedade, com todas as suas faculdades tal como previsto no art. 1.228 do CC, mediante a extinção do usufruto, que pode ocorrer pela morte ou por manifestação de vontade do usufrutuário.

<sup>92</sup> Ementa: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ARREMATÇÃO DE IMÓVEL HIPOTECADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO O CREDOR HIPOTECÁRIO COM ANTECEDÊNCIA MÍNIMA DE 10 (DEZ) DIAS DO PRACEAMENTO. NULIDADE ABSOLUTA. 1. Diante das alterações provocadas pela Lei nº 11.232/2005, a sentença passou a ser o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC. 2. Decisão interlocutória é o pronunciamento pelo qual o juiz resolve questão (incidente ou principal, pouco importa) sem pôr fim ao procedimento em primeira instância ou a qualquer de suas etapas.3. O recurso cabível contra a decisão que desacolheu o pedido do credor hipotecário de anulação e/ou cancelamento das datas das praças realizadas é o agravo de instrumento adequadamente interposto.4. Doutrina e jurisprudências pátrias são assentes no sentido de permitir a penhora de bem gravado de hipoteca, porém exigem, nos termos do artigo 698 do CPC, a intimação do credor hipotecário com a antecedência mínima de 10 (dez) dias do pracemento. 5. A finalidade da intimação do credor hipotecário é dúplice: enseja oportunidade ao titular do direito real para resguardar seus privilégios durante a execução; e outorga plena eficácia à alienação judicial do bem penhorado, que, sem a ciência do privilegiado, será ato ineficaz perante ele.6. Descumprido o comando do artigo 698 do CPC, estamos diante de um vício de nulidade na arrematação cujo desfazimento, segundo a jurisprudência consagrada no E. Superior Tribunal de Justiça pode ser declarado de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte interessada nos próprios autos da execução, salvo se já houver sido expedida a carta de arrematação e transferida a propriedade do bem com o registro no Cartório de Imóveis, caso em que deverá ser realizada por meio de ação própria, anulatória, nos termos do artigo 486 do CPC.7. Provimento do agravo de instrumento." (Agravo de Instrumento n. [0048614-56.2008.8.19.0000](#). DES. Letícia Sardas, Julg.13/05/2009, 20ª CC do TJ/RJ).

<sup>93</sup> Ementa: "DIREITO CIVIL. PENHORA SOBRE NUA-PROPRIEDADE DE IMÓVEL, GRAVADO COM USUFRUTO VITALÍCIO. POSSIBILIDADE. - Da interpretação conjunta dos arts. 524 e 713 do CC/16, fica evidente a opção do legislador pátrio em permitir a cisão, mesmo que temporária, dos direitos inerentes à propriedade: de um lado o direito de uso e gozo pelo usufrutuário, e de outro o direito de disposição e seqüela pelo nu-proprietário. - A nua-propriedade pode ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção. Recurso especial não conhecido". (REsp: 925687-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julg. em 09/08/2007, Publ. DJ. 17/09/2007).

Além disso, o Código de Processo Civil dispõe no inciso V do art. 686<sup>94</sup> sobre a obrigatoriedade de constar do edital a “*menção da existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados*”. Os ônus mencionados no art. 686 do CPC, considerados em sentido amplo, englobam, entre outros, os direitos reais de garantia (hipoteca, penhor e anticrese), os direitos de gozo e fruição (usufruto, uso e servidão) e a própria penhora judicial.

Ora, a necessidade de dar publicidade dos ônus existentes aos interessados na aquisição sem dúvida nenhuma reforça a tese quanto à existência de nexo derivativo. Se fosse aquisição originária não haveria necessidade dessas informações, pois elas não afetariam o bem arrematado porque esses direitos se sub-rogariam no produto da arrematação ou não produziram efeito, deixando de contaminar à aquisição do arrematante. Todavia, não é isto o que sucede, uma vez que os vícios anteriores repercutem na esfera do adquirente que, inclusive, devido à omissão no edital de praça, pode requerer o desfazimento da arrematação, medida incompatível com uma aquisição originária. Aliás, o art. 901, §2º do NCPC inova ao determinar que conste na carta de arrematação informação acerca de eventuais ônus e gravames, pois visa impedir eventual alegação do adquirente quanto ao seu desconhecimento sobre tais pendências, e, conseqüentemente, tentativa de livrar o bem de tais ônus.

Outro excelente exemplo se encontra no art. 703 do CPC<sup>95</sup> segundo o qual cabe ao arrematante recolher *imposto de transmissão* no caso de arrematação judicial.<sup>96</sup> E o STF já decidiu que não há incidência de imposto de transmissão nas

<sup>94</sup> Correspondente ao art. 886 do Novo Código de Processo Civil.

<sup>95</sup> Correspondente ao art. 901, §2º do Novo Código de Processo Civil.

<sup>96</sup> Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ITBI. ARREMATAÇÃO JUDICIAL. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA ARREMATAÇÃO. PRECEDENTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. DIREITO LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. OMISSÃO – ART. 535, CPC. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO PELA ALÍNEA “C”). 1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o decisor, não há como prosperar, porquanto inócenas as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. 2. Destarte, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o decisor recorrido assentou que: “I - O fato gerador do ITBI só se aperfeiçoa com o registro da transmissão do bem imóvel. Precedentes: (...) Além disso, já se decidiu no âmbito desta Corte que o cálculo daquele imposto “há de ser feito com base no valor alcançado pelos bens na arrematação, e não pelo valor da avaliação judicial” (REsp. n.º 2.525/PR, Rel. Min. ARMANDO ROLEMBERG, DJ de 25/6/1990, p. 6027). Tendo em vista que a arrematação corresponde à aquisição do bem vendido judicialmente, é de se considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública. Este, portanto, é o

aquisições originárias, onde inexistente transmissão de direito, como por exemplo ocorre na usucapião.<sup>97</sup>

Mais um exemplo é o pagamento das dívidas do executado por meio da distribuição do produto da arrematação e observância da ordem de preferência alcançada pelo registro das penhoras incidentes sobre o bem ou por quem promoveu primeiro a ação de execução, conforme regulam os artigos 711 a 713 do CPC. Trata-se de mais um elemento demonstrando que a ausência de transferência de ônus ao arrematante não ocorre por força do modo aquisitivo (segundo o STJ, originário), mas em razão de previsão legislativa específica.

Tanto isso é verdade que, quando não há prévia intimação dos credores que gozam de preferência devido à anterioridade do registro da penhora antes de o bem ser submetido à hasta pública, como previsto no art. 698 do diploma processual, os ônus permanecem vinculados ao imóvel arrematado. O entendimento do STJ é no sentido de considerar ineficaz a arrematação judicial em face do credor-penhorante, mantendo-se a averbação da penhora.<sup>98</sup>

---

que deve servir de base de cálculo do ITBI. (...) O art. 38 do Código Tributário Nacional, a base de cálculo do imposto em questão é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. Para a solução da questão, portanto, importa saber o que se deve entender por valor venal, com o que será possível saber se guarda relação com a avaliação judicial ou se corresponde mesmo ao valor da venda judicial. Segundo De Plácido e Silva, valor venal “o valor da venda, isto é, o preço por que as coisas foram, são ou possam ser vendidas”. 4. *Ad argumentandum tantum*, verifica-se a tese sufragada nos precedentes citados de que quando da arrematação de bens em hasta pública, o valor do bem vendido judicialmente (venda forçada) corresponde ao valor venal do imóvel, por ser o valor do bem transmitido, apto ao cálculo do imposto (ITBI). Deveras, o aresto de origem julgou de forma contrária, quando afirma que a base de cálculo do ITBI corresponde ao valor venal do bem, não prevalecendo o preço pago em arrematação judicial, quando inferior ao estimado pelo Município. 5. Embargos de declaração rejeitados”. (ED no REsp n. 1.188.655/RS, Rel. Min. Luiz Fux, jul. em 17/08/2010).

<sup>97</sup> Ementa: “Imposto de Transmissão de Imóvel. Alcance das regras do art. 23, I, da CF e 35 do CTN. Usucapião. A ocupação qualificada e continuada que gera o usucapião não importa em transmissão da propriedade do bem. À legislação tributária é vedada “alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado”. (art. 110 do C.T.N.). Registro da sentença de usucapião sem pagamento de imposto de transmissão. Recurso provido, declarando-se inconstitucional a letra “h”, do inc. I, do art. 1, da Lei n. 5.384, de 27.12.66, do Estado do Rio Grande do Sul”. (RE 94580/RS. Rel. Min. Djaci Falcão. DJ 30.08.1994)

<sup>98</sup> Ementa: “EXECUÇÃO. ARREMATAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PENHORA ANTERIOR, REALIZADA EM OUTRO PROCESSO E REGISTRADA ANTERIORMENTE À PENHORA DE QUE SE ORIGINOU A ARREMATAÇÃO. CANCELAMENTO DA PENHORA ANTERIOR, INDEFERIMENTO, DADA A INEFICÁCIA RELATIVAMENTE AO CREDOR-PENHORANTE, QUE NÃO INTIMADO PARA A HASTA PÚBLICA EM QUE OCORREU A ARREMATAÇÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1 – A averbação da penhora registrada com anterioridade não se cancela no caso de arrematação cuja hasta pública tenha se realizado sem intimação do anterior credor-penhorante; 2 – Ineficácia da arrematação relativamente ao credor-penhorante com penhora anteriormente inscrita não intimado para a hasta pública em que adquirida a propriedade pelo arrematante. 3 – Possibilidade de opção, pelo credor-penhorante não intimado, pela preferência no recebimento do crédito, em concurso de preferências, ou pelo novo priceamento do bem em hasta pública que providencie, conquanto transcrito o bem em nome do arrematante, dada a ineficácia da aquisição relativamente ao aludido credor-penhorante, com penhora anterior averbada no Registro de Imóveis. 4 – Recurso Especial,

A extinção de ônus recaídos sobre o bem arrematado não é uma consequência natural nem absoluta porque, como visto acima, existem muitas exceções. Esses são apenas alguns exemplos para demonstrar que o fundamento jurisprudencial para considerar a arrematação judicial como forma originária de aquisição é falho e apresenta contradições. É falho porque não se analisa o conceito dos modos aquisitivos e leva-se em consideração apenas alguns dos efeitos, aqueles que interessam para justificar o enquadramento da arrematação como modo originário de aquisição. É contraditório porque o modo originário de aquisição é incompatível com o próprio fato da evicção, pois nesta modalidade não há transmissão onerosa de direito, o que, obrigatoriamente, deve ocorrer para sua ocorrência.

Diante de tudo o que foi dito, pode-se concluir pelo equívoco de inserir a arrematação como modalidade originária de aquisição e, ao mesmo tempo, aplicar à garantia contra evicção, como vem fazendo a maior parte da jurisprudência, inclusive do STJ. Com o único intuito de evitar essa contradição: ou se reconhece ser a arrematação modo originário e não se aplica a garantia, porque afastado fica o fato da evicção; ou se reconhece que a arrematação é modo de aquisição derivado e por isso há incidência da garantia, haja vista que este modo aquisitivo carrega os vícios e limitações do direito transmitido e, assim, permite a ocorrência do fato da evicção.

Não se pode, todavia, chegar a um raciocínio tão simplório e sem investigação científica para enquadrar determinada situação jurídica dentro de uma ou outra categoria, sendo necessário compreender, em primeiro lugar, o conceito das duas figuras e a diferença existente entre elas, para, em um segundo momento, justificar funcionalmente o enquadramento da arrematação na modalidade de aquisição derivada como vem sendo feito ao longo deste trabalho.

Um caso concreto ajuda a identificar porque a arrematação judicial não é aquisição originária.<sup>99</sup> Trata-se de recente decisão judicial proferida pelo Tribunal de

---

que visou ao cancelamento da averbação da penhora, improvido. (RESP 1.122.533/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, jul. em 12.5.2012, Publ. DJ. 11.6.2012).

<sup>99</sup> V. as seguintes ementas: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. IMÓVEL ALIENADO EM HASTA PÚBLICA POR CONTA DE DÉBITOS CONDOMINIAIS. AGRAVANTE QUE ARREMATOU O DIREITO E AÇÃO; SOBRE O REFERIDO IMÓVEL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE NOVA CARTA DE ARREMATACÃO COM EXPRESSA DETERMINAÇÃO PARA A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL AO ARREMATANTE. REFORMA DA DECISÃO. O entendimento jurisprudencial deste E. TJ/RJ bem como do C. STJ, é no sentido de que a arrematação judicial de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em sede recursal, reformou decisão de primeira instância que havia indeferido o requerimento de expedição de carta de arrematação para transferência do *domínio* de um imóvel submetido à hasta pública. Sob o fundamento de que constava na matrícula do imóvel apenas o registro de uma *escritura de promessa de compra e venda*, o juiz de primeira instância determinou que fosse expedida carta de arrematação com a finalidade de transferir ao arrematante os direitos aquisitivos do bem, e não o domínio, já que não seria possível transferir mais direitos do que aquele que o executado possuía. O arrematante, inconformado com a decisão, apresentou recurso de agravo de instrumento e a Corte, sob o fundamento de que a arrematação é aquisição originária, reformou a decisão do juiz de primeira instância para determinar a expedição de nova carta de arrematação para transferir o *domínio* (e não apenas os direitos aquisitivos) ao arrematante.

Neste caso, a jurisprudência, mais uma vez, agiu por meio de um processo automático de reprodução, visto que o acórdão faz referência à jurisprudência do STJ para justificar a sua decisão, desconsiderando-se, por completo, o direito pertencente ao executado. Ora, se o executado não tinha o domínio é evidente que o arrematante não poderia adquiri-lo. Além disso, a hasta pública ocorreu para alienação do direito e ação, e não do *domínio*.

A constrição judicial jamais poderia ter recaído sobre o domínio pois este pertencia a outra pessoa, no caso o promitente vendedor. Aliás, quando eventual penhora recai sobre um bem cuja propriedade pertence à terceiro, ou quando um bem imóvel é vendido *a non domino*, o próprio ordenamento jurídico confere ferramentas (processuais e de direito material) para desconstituição da constrição

---

imóvel em hasta pública se constitui em um dos casos de aquisição originária da propriedade. Neste íterim, não há relação jurídica ou negocial entre o Arrematante e o anterior proprietário do bem, devendo ser determinado o registro imediato da carta de arrematação pelo Serviço de Registro de Imóveis competente, cujos emolumentos ficam a cargo do Arrematante". (RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 0004632-79.2014.8.19.000, Des. Rel. Maria Regina Nova Alves, Julg. em 20/05/2014, 15ª CC do TJ/RJ).

"Ementa: "Apelação cível. Ação de cobrança de cotas condominiais ora em fase de execução. Obrigação propter rem. Demanda proposta em face do promitente cessionário. Legitimidade passiva. Precedentes desta Corte e do C. STJ. Arrematação. Aquisição do direito e ação ao imóvel. Inexistência de impedimento para transferência da plena propriedade em razão da arrematação. Princípios da celeridade e da economia processual. Direito aquisitivo originário. O imóvel arrematado deve ser passado ao arrematante livre de qualquer ônus que incida sobre o imóvel. Decisão reformada. Recurso a que se dá provimento. (Agravo de Instrumento n. 0060959-15.2012.8.19.000, Des. Rel. Claudia Telles de Menezes, Julg. em 16/04/2013, 5ª CC do TJ/RJ).

judicial e preservação do direito de propriedade.<sup>100</sup> E o novo CPC contribui para correção de desta questão, pois prevê, expressamente, a obrigatoriedade de intimação do promitente vendedor e promitente comprador antes da realização da praça (art. 889, VI e VII do NCPC). Ou seja, diante da nova previsão legislativa parece claro a preocupação do legislador em respeitar o direito dos promitentes vendedor e comprador.

Com efeito, antes de o juiz determinar a penhora sobre qualquer bem para submetê-lo à hasta pública, é necessário verificar, em primeiro lugar, se o devedor detém a sua titularidade. O direito que o devedor possui sobre o bem cuja penhora busca-se realizar é sempre levado em conta, de tal maneira que só pode ser objeto de penhora aquele direito que, comprovadamente, tiver o executado. A decisão acima comentada viola a Lei de Registros Públicos, a qual obriga aos cartórios imobiliários a seguirem o princípio da continuidade registral (art. 195 e 237 da Lei n. 6.015/73)<sup>101</sup>, bem como o princípio *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, segundo o qual não se pode transferir mais direitos do que se tem.

Interessante notar que, quando decisões como essas chegam aos cartórios imobiliários, estes, com amparo na LRP, exigem do apresentante a regularização da cadeia registral, ou seja, antes da realização do registro da carta de arrematação é necessário providenciar o registro do título que transmitiu o domínio ao executado, situação essa que, na maioria dos casos, inviabiliza o registro, seja porque o executado não tem o título (v.g. escritura de compra e venda), seja porque só existe o contrato de promessa de compra e venda. Diante desse problema, resta ao arrematante:

a) requerer a retificação da carta de arrematação perante o Juízo onde houve a arrematação para fazer constar que a transferência é apenas dos direitos aquisitivos sobre o bem submetido à hasta pública. Nesse caso, o registro passa a ser possível uma vez que o executado possui esse direito registrado perante o cartório imobiliário. Depois do registro, se quiser o arrematante obter o domínio, será necessário, caso não consiga obter a escritura de compra e venda diretamente do

---

<sup>100</sup> Por exemplo por meio da propositura de Embargos de Terceiro.

<sup>101</sup> Art. 195 da Lei dos Registro Públicos (6.015/73): “Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro”. Walter Ceneviva destaca: “ um dos princípios fundamentais do registro imobiliário, o da continuidade, determina o imprescindível encadeamento entre assentos pertinente a um dado imóvel e às pessoas nele interessadas.

titular do domínio, ajuizar ação de adjudicação compulsória em face do promitente vendedor, caso presentes os requisitos para propositura dessa ação<sup>102</sup>.

b) insistir no registro da carta de arrematação, como equivocadamente determinado pela decisão acima mencionada, o que acabará resultando na abertura de procedimento de dúvida (LRP, art. 198) com a sua remessa ao juízo competente (vara de registro público, quando existente na comarca)<sup>103</sup> para decidir se se realiza ou não o registro. Ao menos no Estado do Rio de Janeiro, o Cartório de Registro Público e o Conselho da Magistratura, este órgão responsável pelo reexame obrigatório da matéria, têm se posicionado no sentido de julgar procedente a dúvida, ratificando a decisão que impede o registro da carta de arrematação.<sup>104</sup>

Isso tudo ocorre porque, diferentemente do direito francês e italiano, o simples consenso não transfere à propriedade, sendo necessária, no direito brasileiro, a realização da transcrição do título aquisitivo, no caso a carta de arrematação perante o cadastro imobiliária do imóvel (art. 1.245 CC/02). Logo, a transcrição funciona como indispensável à transmissão da propriedade, esclarecendo, a propósito, Serpa Lopes:

“ (...) Consequentemente, se um imóvel, devidamente transcrito, é vendido em hasta pública, em virtude de processo em que o seu legítimo proprietário não foi parte, essa arrematação não possui força para fazer perimir os direitos desse mesmo legítimo proprietário, por isso que, entre a venda judicial e o direito resultante da transcrição, este prepondera sobre aquela, em consequência dessa razão fundamental: a venda judicial é um título para aquisição do domínio; a transcrição é o próprio título de propriedade. Se se fosse atribuir a venda judicial outro caráter, fora do acima assinado, transforma-se-ia num *sui generis* modo originário de aquisição de domínio; estaria

<sup>102</sup> Art.1418 do CC: O promitente comprador, titular do direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

<sup>103</sup> Segundo Walter Ceneviva, dúvida é “pedido de natureza administrativa, formulado pelo oficial, a requerimento do apresentante do título imobiliário, para que o juiz competente decida sobre a legitimidade da exigência feita, como condição de registro pretendido. (CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 507).

<sup>104</sup> Ementa: “CAUTELAR INOMINADA. APELAÇÃO. DÚVIDA REGISTRAL. REQUERIMENTO PARA REGISTRO DE CARTA DE ARREMATÇÃO EM HASTA PÚBLICA. NEGATIVA DE REGISTRO TENDO EM VISTA A EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE O TITULAR DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO ASSENTO REGISTRAL E A PARTE EXECUTADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DÚVIDA. I NCONFORMISMO. PARECER DA PROCURADORIA PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO APELO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE. CORREÇÃO DA CONDUTA DO OFICIAL REGISTRADOR. SEGURANÇA JURÍDICA QUE DEVE SER PRESERVADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO (Medida Cautelar Inominada n. 0035533-95.2012.8.19.0001, Des. Elisabete Filizzol, Conselho da Magistratura do TJ/RJ julg. em 12/09/2003).

desfeito o encadeamento lógico, o elo sucessivo da transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*, passando para o patrimônio do terceiro, como egresso do patrimônio do executado, aquilo que esse patrimônio jamais possuiu, violando-se, assim, o princípio do Direito Romano: *nemo plus jure ad alium transfere quam ipse habet*.<sup>105</sup>

Todos esses exemplos parecem comprovar que a arrematação judicial é modalidade de aquisição derivada e, por este motivo, sofre o fato da evicção, como demonstra Pugliatti, ao afirmar:

*L'acquisto in base al trasferimento coattivo si fonda sul precedente rapporto giuridico. Essendovi perciò identità sostanziale tra il diritto del titolare, che costituisce per l'appunto oggetto dell'esecuzione, e quello dell'acquirente, si deve parlare di trasferimento, e quindi di acquisto derivativo dello stesso diritto (...) Si può senz'altro parlare di acquisto derivativo: il diritto trapassa nella sua integrità, cum omni causa, e con tutte le limitazioni che lo riguardano; al terzo offerente viene trasmesso quanto spetta al debitore espropriato (art. 686 C.P.C). E quindi se il debitore espropriato non é in tutto o in parte proprietario della cosa di che trattasi, l'aggiudicatorio potrà subire una evizione totale o parziale.*<sup>106</sup>

A previsão do art. 447 do Código Civil, de subsistência da garantia por evicção em hasta pública, é o reconhecimento legislativo de que a arrematação é modo derivado, uma vez que o fato da evicção, de onde se deve partir para se chegar ao campo da garantia, não ocorre nas aquisições originárias da propriedade pela inexistência de transferência onerosa. Haveria uma insuperável incoerência no sistema defender o fato da evicção aos bens adquiridos por arrematação e considerá-la como modalidade de aquisição originária. Seria o mesmo de dizer que a evicção incide quando o bem é adquirido por meio de usucapião. Com efeito, o fato da evicção, como será visto adiante, tem por requisito que a causa do vício de direito seja anterior ao ato oneroso de transmissão, sendo esta uma característica inerente à aquisição derivada, jamais presente em aquisição originária, razão pela qual fica demonstrada a incompatibilidade na ocorrência do fato da evicção às

<sup>105</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4ª ed. 1961. p. 89

<sup>106</sup>PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. cit, p. 186 e 313. Tradução livre: "A aquisição com base na transferência coativa se funda sobre relação jurídica anterior. Havendo por isso identidade substancial entre o direito do titular, que constitui exatamente o objeto da execução, e aquele do comprador, se deve falar em transferência, e então de aquisição derivada do mesmo direito (...) Pode-se certamente falar em aquisição derivada: o direito se transmite na sua integridade, *cum omni causa*, e com todas as limitações que lhe digam respeito; ao terceiro offerente é transmitido o que cabe ao devedor expropriado (Art. 686 CPC). Assim, se o devedor expropriado não é total ou parcialmente proprietário da coisa de que se trata, o arrematante poderá sofrer evicção total ou parcial".

aquisições originárias, ficando o seu campo limitado às aquisições derivadas.

No próximo tópico se analisará o aspecto funcional da hasta pública e as suas semelhanças com a venda voluntária, cuja conclusão também servirá para demonstrar não apenas que a arrematação é modo derivado de aquisição como também a possibilidade de aplicação do instituto da evicção nas alienações judiciais decorrentes de processo execução.

#### **1.4. Função da hasta pública e suas semelhanças e diferenças com a venda voluntária**

Na dogmática tradicional do direito civil, os institutos jurídicos foram estruturados sob o viés unicamente patrimonial, com a finalidade de proteger as titularidades dos indivíduos e suas liberdades negativas frente ao Estado. Para a visão positivista do direito, sempre prevaleceu a abordagem estrutural sobre a funcional, ou seja, preocupava-se muito mais saber “como o direito é” do que “para que o direito serve”.<sup>107</sup>

Na obra de Kelsen, como afirma Noberto Bobbio, mais do que separação entre a análise funcional e estrutural, havia a completa exclusão da primeira em favor da segunda. Assim, “para o fundador da teoria pura do direito, uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas tão-somente dos seus elementos estruturais. A análise funcional é confiada aos sociólogos e, talvez, aos filósofos”.<sup>108</sup> Dentro de tal concepção, a busca de objetivos para o direito era a brecha que permitiria a entrada de contrastantes valorativas na teoria jurídica.

A análise estrutural não servia apenas para salvaguardar a teoria do direito de contaminações ideológicas, mas também permitia desmascarar tomadas de posição política que se alojassem em conceitos tradicionais aparentemente neutros da ciência do direito.<sup>109</sup> Com efeito, a própria superação da ideia de neutralidade do ordenamento, pela consciência da inafastabilidade dos valores – sendo o direito forma de controle e de *direção social*<sup>110</sup> –, ressalta a importância do estudo dos institutos jurídicos em seu perfil funcional.

Por conseguinte, nas situações jurídicas subjetivas, como eficácia dos fatos

<sup>107</sup> BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; Tradução de VERSIANI, Daniela Beccaccia. Baueri: Manole, 2007, p. 53.

<sup>108</sup> BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. *cít.*, p. 54.

<sup>109</sup> BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. *cít.*, p. 55-56.

<sup>110</sup> BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. *cít.*, p. 79.

jurídicos<sup>111</sup>, também é imprescindível a análise de sua estrutura e função. Em obra clássica, Salvatore Pugliatti afirma que, para encontrar a *função* de um determinado instituto, é necessária a identificação dos interesses que o legislador pretendeu tutelar por meio deste. Dessa forma, a função é “a razão genética do instrumento, e a razão permanente do seu emprego, isto é a sua *razão de ser*”.<sup>112</sup> Como consequência, é a função que irá determinar a estrutura, pois “o interesse tutelado é o centro de unificação em respeito do qual se compõem os elementos estruturais do instituto”.<sup>113</sup>

Na mesma linha, consoante Pietro Perlingieri, o fato jurídico e a relação jurídica (que é a ligação entre situações jurídicas)<sup>114</sup> devem ser analisados em seu perfil estrutural (*como é*) e funcional (*para que serve*). Todo fato juridicamente relevante possui uma função: esta é a *síntese de seus efeitos essenciais* – a função é constituída pela síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide – e, por isso, determina a estrutura, sendo possível que uma mesma função se realize mediante estruturas diversas.<sup>115</sup>

Com efeito, a revalorização do interesse nos institutos e nas situações jurídicas subjetivas constitui um caminho para rever criticamente a excessiva consideração reservada, pelo positivismo, ao perfil estrutural.<sup>116</sup> Segundo doutrina atual, a análise funcional permite que se abandone “a postura sonolenta que tomava

<sup>111</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional. cit*, p. 668: “a eficácia de um fato com referência a um centro de interesses, que encontra sua imputação em um sujeito destinatário, traduz-se em situações jurídicas subjetivas juridicamente relevantes”.

<sup>112</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 300. No original: “non soltanto la struttura per sé conduce inevitabilmente al tipo che si può descrivere, ma non individuare, bensì inoltre la funzione esclusivamente è idonea a fungere da criterio d'individuazione: essa, infatti, dà la ragione genetica dello strumento, e la ragione permanente del suo impiego, cioè la *ragione d'essere* (oltre a quella di *essere stato*)”.

<sup>113</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto, cit*, p. 300. No original: “La base verso cui gravita e alla quale si collegano le linee strutturali di un dato istituto, è costituita dall'interesse al quale è consacrata la tutela. L'interesse tutelato è il centro di unificazione rispetto al quale si compongono gli elementi strutturali dell'istituto”.

<sup>114</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997, p. 67: “le situazioni soggettive sono sempre comprese entro un rapporto giuridico, del quale ciascuna situazione è un elemento”.

<sup>115</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile. cit*, p. 61-62. No original: “Nel valutare il fatto il giurista individua la funzione, costruisce cioè la sintesi complessiva degli interessi sui quel fatto incide. La funzione del fatto determina la struttura. La struttura segue, non precede, la funzione. Ogni fatto giuridicamente rilevante e, in particolare, ogni fatto umano volontario ha una funzione, la quale o è predeterminata dall'ordinamento in schemi tipici o è modellata dall'iniziativa dei soggetti. (...) Tale significato, ricostruito applicando regole e principi, se esprime in situazioni soggettive, cioè in effetti del fatto (...): la funzione è appunto la sintesi degli effetti essenziali del fatto (...). Tutto ciò spiega perché una medesima funzione si realizza mediante più strutture. (...) La variabilità della struttura negoziale dipende dalla funzione e dai rapporti (le situazioni soggettive sono sempre connesse in rapporti giuridici) sui quali l'atto incide”.

<sup>116</sup> <sup>116</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional. cit*, p. 117-118.

os institutos jurídicos como colocados à livre disposição do sujeito de direito”.<sup>117</sup>

Em princípio, um ato oneroso de transmissão que tem por finalidade transferir a propriedade mediante uma contraprestação se traduz como um contrato de compra e venda. A teor do art. 482 do Código Civil “a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço”. Pode-se extrair do dispositivo que seriam elementos essenciais do contrato de compra e venda a coisa, o preço e o consentimento.<sup>118</sup>

Na compra e venda tradicional o ato originário é um negócio jurídico bilateral que surge em razão do exercício da autonomia privada das partes. É por meio dessa autonomia que surge uma relação jurídica que pode ser definida como compra e venda. Esses elementos essenciais compõem o aspecto estrutural do tipo contratual compra e venda, não havendo em relação à arrematação judicial, como se viu no tópico sobre a sua natureza jurídica, a presença do consentimento. Dessa forma, a falta de consentimento, como elemento essencial para estrutura do contrato de compra e venda, não permite qualificar<sup>119</sup> a venda forçada como tal.

Contudo, sob o aspecto funcional tanto a compra e venda quanto a hasta pública têm por função prático-social a transferência de um direito contra o pagamento de um preço. Logo, as duas figuras têm os mesmos efeitos essenciais que são a transferência de um bem mediante o pagamento de um preço, de tal modo que, mesmo não havendo identidade entre a estrutura da venda voluntária e da venda forçada, a função desta é análoga à função daquela, exercendo, portanto, funções similares. Por essa razão, seria possível aplicar, ao menos em abstrato, a normativa da compra e venda aos bens adquiridos judicialmente por meio de hasta pública quando houver omissão legislativa sobre a normativa aplicável à venda forçada e, evidentemente, compatibilidade daquelas normas com este tipo de aquisição.<sup>120</sup> Logo, pode-se afirmar que é possível à aplicação da estrutura do

---

<sup>117</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. In *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

<sup>118</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 46, Rio de Janeiro: Padma, 2000. p.202

<sup>119</sup> De acordo com Vincenzo Roppo “la qualificazione del contratto è l’operazione logica con cui l’interprete, di fronte a um concreto contratto, ne afferma o nega la riconducibilità a um determinato tipo contrattuale. La sua funzione principale è stabilire se al contratto sai applicabile la disciplina di qualche tipo; e se sì, di quale tipo”. (Il Contratto, 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2011, p.409)

<sup>120</sup> Neste sentido Pietro Perlingiei, para quem: “ (...) Le norme sulla vendita (1470 ss.) sono applicabili soltanto in via analógica in quanto riguardano l’effetto traslativo, comunque determinato...” (Manuale di diritto civile, 7ª ed. 2014, Napoli: E.S.I.p.1344).

contrato de compra e venda à hasta pública devido à similaridade da função de ambas as figuras.

Como ressaltado antes, a hasta pública exerce importantíssima função no ordenamento jurídico, fortalecendo o sistema de crédito e beneficiando à sociedade por ser um valioso instrumento para assegurar o adimplemento das obrigações assumidas e não honradas voluntariamente. Por isso, é necessário que exista segurança jurídica neste tipo de modalidade aquisitiva, caso contrário, diminui o interesse de terceiros na aquisição de bens, e, conseqüentemente, prejudica-se o recebimento, pelos credores, de seus créditos perseguidos judicialmente. E a identificação da normativa a ser aplicada sem dúvida contribui para a segurança jurídica na aquisição de bens por meio desta modalidade aquisitiva.

A doutrina e a jurisprudência preocupam-se, em excesso, com o aspecto estrutural da arrematação judicial e com a sua natureza jurídica como um *prius*, deixando de lado a questão mais importante que é a verificação da sua função prático-social. A compatibilidade e aplicação das normas do tipo contratual compra e venda e demais regras de direito privado só pode ser feito após a identificação da função exercida pelo instituto sob exame.

Sendo assim, do mesmo modo que é um equívoco afastar previamente às normas de direito civil aos bens adquiridos em hasta pública, também o é aplicar as regras e institutos de direito privado sem antes verificar a compatibilidade entre eles e a venda forçada. Diante do caso concreto o intérprete deve, em primeiro lugar, encontrar a norma ou o conjunto normativo que seria utilizado para solucionar tal problema como se fosse uma relação contratual, para, em seguida, concluir ou não pela aplicabilidade de tal norma. Só assim é possível solucionar os conflitos que surgem das aquisições em hasta pública, entre os quais destacam-se a evicção e os vícios redibitórios, especialmente por ambos serem considerados garantias legais, mas terem recebido tratamento diferenciado pelo legislador.

A finalidade não é desprezar o aspecto estrutural do tipo contratual compra e venda ou de qualquer outro instituto jurídico. Ao contrário, a estrutura é de grande relevância para aplicação do direito e será levada sempre em consideração, mas o aspecto funcional tem relevância maior na qualificação e interpretação dos institutos jurídicos e, por isso, acaba tendo maior influência na escolha da normativa.

Não se pretende camuflar as diferenças existentes entre a arrematação judicial e a compra venda, diversas regras desta modalidade de fato não se aplicam

àquela figura, por exemplo: a fixação do preço pelas partes, que na arrematação depende de avaliação judicial; a retrovenda, uma vez que a arrematação se torna irrevogável e irratificável com a assinatura do auto de arrematação; a venda de coisa futura, devido à necessidade de constar no edital de praça ou leilão a descrição do bem que será oferecido ao público no instante da sua alienação etc. Todavia, é perfeitamente possível à aplicação de outras normas de direito privado, aliás, o próprio legislador regulamentou algumas delas no Código Civil, como se vê no caso de nulidade da aquisição quando o bem é adquirido pelas pessoas elencadas no art. 497 do CC; a garantia contra a evicção (CC, art. 447) e a extinção da hipoteca (CC, art. 1.499, VI).

Verifica-se, assim, que o legislador não pretendeu criar uma ruptura no sistema, separando o direito privado do direito público-processual. Ele mesmo, nas situações julgadas necessárias, regulamentou à aplicação de algumas normas de direito privado no campo da venda judicial. Tal previsão, no entanto, não é taxativa, visto que existem outras regras e institutos aplicáveis por analogia, como o direito de preferência do condômino na aquisição do bem em hasta pública (art. 504 CC/02); aquisição da propriedade imobiliária por meio de registro (art. 1.245 CC/02), ou tradição para bens móveis (art. 1267, CC/02), aplicação dos vícios redibitórios (art. 441 CC/02) etc.

Logo, quando as normas forem compatíveis com os dois aspectos (estrutural e funcional), não há razão para impedir à aplicação, ou melhor, não se deve deixar de aplicar tal normativa apenas sob o argumento de que a arrematação é uma figura processual, até porque como foi visto no tópico sobre a natureza jurídica defende-se a existência de um procedimento complexo com produção de efeitos em vários ramos do direito e, conseqüentemente, aplicação de regras jurídicas também de direito privado.

Assim, conclui-se pela aplicação de normas e institutos de direito privado nas arrematações judiciais sempre que houver compatibilidade estrutural e funcional, eis que inexistente uma fragmentação no sistema que justifique uma ruptura entre o direito público e o direito privado. A função similar justifica, portanto, à aplicação da mesma norma: *ubi eadem ratio ibi idem jus*. O objetivo deste trabalho não é analisar instituto por instituto aplicável em hasta pública, até porque para isto seria necessário examinar situações específicas do caso concreto, mas uma análise sobre a incidência da garantia contra os vícios redibitórios é de grande valia para

fortalecer o estudo desenvolvido até o momento.

Do mesmo modo que a evicção, o campo de atuação dos vícios redibitórios são os contratos onerosos. Caio Mário define os vícios redibitórios como o defeito oculto de que portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que a torna imprópria ao uso que se destina ou lhe prejudica sensivelmente o valor<sup>121</sup>. Para o surgimento da garantia é necessário que o defeito seja oculto e desconhecido do adquirente, levando-se em conta somente aqueles defeitos existentes ao tempo da alienação (entrega do bem) e que perduram até o momento da reclamação. Não é qualquer defeito que autoriza o uso da garantia, apenas aquele que prejudique a utilidade da coisa, não permitindo que ela seja utilizada de acordo com a sua finalidade ou reduza seu valor.

No que tange à possibilidade de subsistência da garantia contra vícios redibitórios aos bens adquiridos em hasta pública, o legislador não fez igual previsão como em relação à evicção. É certo, todavia, que na vigência do Código Civil de 1916 havia proibição expressa quanto à subsistência do instituto nessa modalidade de aquisição, porém, no Código Civil de 2002, tal proibição não se repetiu. Ou melhor, inexistiu previsão sobre o tema, ao contrário, por exemplo, do Código Civil Italiano que o proíbe expressamente à incidência no art. 2.922.<sup>122</sup>

Em relação à legislação brasileira houve uma modificação legislativa significativa no que tange ao tratamento dos institutos, uma vez que o Código Civil de 2002 trouxe expressamente a subsistência da garantia em hasta pública no caso de evicção e excluiu a proibição que havia em relação aos vícios redibitórios.

A doutrina, quando não é contra silencia a respeito da possibilidade de invocar à garantia contra vícios redibitórios nas aquisições judiciais. Caio Mário

<sup>121</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume II, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.123

<sup>122</sup> Embora o art. 2.92 do Código Civil Italiano exclua do adquirente o direito de desfazer a venda ou requerer diminuição do preço no caso de vício redibitório em imóvel adquirido em hasta pública, a Corte di Cassazione Italiana admite tais possibilidades quando trata-se de hipótese na qual a coisa é privada de qualidade essencial e de *aliud pro alio*, como se vê da sentença nº 5257 de 2015 “ (...) La costante giurisprudenza di questa Corte è in senso contrario, poiché da tempo ammette la tutela dell'acquirente quando il bene aggiudicato appartenga ad un genere del tutto diverso da quello indicato nell'ordinanza di vendita, ovvero manchi delle qualità necessarie per assolvere la sua naturale funzione economico-sociale, ovvero risulti compromessa la destinazione del bene all'uso che abbia costituito elemento determinante per l'offerta di acquisto (v. Cass. n. 21249/2010, n. 4085/2005 cit., n. 10015/1998, n. 11018/1994). E' un principio coerente con l'affermazione secondo cui, nella vendita forzata, pur non essendo ravvisabile un incontro di consensi, tra l'offerente ed il giudice, produttivo dell'effetto transattivo, essendo l'atto di autonomia privata incompatibile con l'esercizio della funzione giurisdizionale, l'offerta di acquisto del partecipante alla gara costituisce il presupposto negoziale necessario dell'atto giurisdizionale di vendita (v. Cass. n. 1730/1995)...”

adota posição clara e diz que *“não cabe responsabilidade se a coisa for alienada em hasta pública, não só porque a sua exposição prévia possibilitaria minucioso exame, como ainda pelo fato de ser forçada, em processo judicial, em que se realiza por autoridade da justiça.”* Luiz Fux, no julgamento do RESP 625.322, já mencionado neste trabalho, nega a garantia não só aos vícios redibitórios como também à evicção, sob o fundamento de que *“a natureza da arrematação, assentada pela doutrina e pela jurisprudência, afasta a natureza negocial da compra e venda, por isso que o adquirente de bem em hasta pública não tem a garantia dos vícios redibitórios nem da evicção. Em outras palavras, na arrematação, o arrematante não adquire nenhuma ação de garantia”*

Verifica-se, portanto, que, ao contrário da evicção, não existe divergência sobre a subsistência da garantia contra vícios redibitórios em hasta pública, pois a doutrina a afasta sem a existência de controvérsia. É possível que essa postura exista porque na vigência do Código Civil de 1916 havia proibição expressa, e como o Código vigente silencia a respeito, a doutrina preferiu manter o posicionamento que vinha adotando na vigência da lei revogada.

O questionamento que fica é porque o legislador quis diferenciar o tratamento jurídico desses dois institutos no caso de arrematação judicial se ambos, em princípio, têm o mesmo fundamento, ou seja, são hipóteses de inexecução contratual em decorrência de vício, um de direito e o outro material, que visam recompor o equilíbrio econômico do contrato.<sup>123</sup>

Argumento normalmente utilizado pela doutrina é de que a coisa alienada em hasta pública possui exposição prévia e por isso o arrematante teria como

<sup>123</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil português*, v. 8, t. II, 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 743. Para quem “os vícios redibitórios estão rigorosamente abrangidos no princípio da inexecução do contrato”. Em sentido semelhante Washington de Barros Monteiro: “Temos para nós que a responsabilidade do contratante se funda na teoria do inadimplemento. Ao celebrar o contrato, compromete-se o alienante a garantir o perfeito estado da coisa, assegurando-lhe a incolumidade, as qualidades anunciadas e a adequação aos fins propostos. Não se pode ele fugir, portanto, à responsabilidade contratual, se a coisa se apresenta com defeitos ou imperfeições que a tornem inapta aos seus fins ou lhe diminuam o valor (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. V. 5, t. II, 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48). Quanto ao fundamento da evicção, Fernando Rodrigues Martins: “Frise-se, contudo, para o específico efeito da evicção, a coisa já deve estar na órbita de posse do adquirente, sendo que a hipótese de inexecução contratual decorre da perda da coisa adquirida (...) A restituição é consequência clara, porque a inexecução contratual desfalca o adquirente”. (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Evicção: a prestação como dever de resultado na concreção da justiça contratual*. In Teoria Geral dos Contratos (Coord. LOTUFO e NANINI, Giovanni Ettore) São Paulo: Atlas, 2011, p. 510 e 532.

examiná-la.<sup>124</sup> Esse argumento não parece ser suficiente para afastar a garantia: primeiro porque em se tratando de hasta pública nem sempre o arrematante tem oportunidade de vistoriar à coisa, tampouco de forma minuciosa; segundo porque em uma compra e venda comum, em que há o exame pelo comprador, a garantia continua eficaz e isso ocorre justamente porque o vício é oculto, ou seja, é irreconhecível no momento da conclusão do negócio. Logo, o exame do bem, por si só, não afasta a garantia, mas sim o seu conhecimento. Por outro lado, o defeito muitas vezes não é descoberto ou não se manifesta após a entrega da coisa e, justamente por isso, é que existe a previsão do art. 445, §1º do Código Civil.

Interessante observar que, mesmo na Itália, onde a proibição é expressa, parte da doutrina crítica a opção legislativa, valendo destacar nesse sentido as seguintes lições de Angelo Bonsignori<sup>125</sup>:

*A mio avviso, infatti, l'esclusione della garanzia per i vizi della cosa venduta, lungi dall'invogliare gli eventuali offerenti a partecipare alle vendite giudiziarie, come effettivamente statuiscono altre norme (supra, sub artt. 2919-2921), potrebbe all'inverso costituire un disincentivo alla partecipazione di terzi offerenti alle alienazioni coattive stesse, proprio perché l'aggiudicatario viene costretto a sopportare l'acquisto di una cosa affetta da vizi, essendo appunto statuita dalla norma in esame l'impugnabilità del trasferimento forzato sotto quest'ultimo profilo.*

Não parece coerente aplicar soluções distintas se ambos os institutos têm o mesmo fundamento buscando a manutenção do equilíbrio econômico. Sob o ponto de vista lógico-sistemático do ordenamento tal distinção é contraditória, de forma que a solução deve ser igual para ambos os casos. Os vícios redibitórios podem acarretar dano tão grave quanto à evicção, capazes de inutilizar totalmente o uso da coisa adquirida em hasta pública, situação bastante injusta com o adquirente que, agindo de boa-fé, paga por um bem e fica privado de seu uso.

Com efeito, plenamente defensável sustentar a subsistência da garantia contra os vícios redibitórios no caso de arrematação judicial, utilizando-se por fundamento a mesma construção sobre a incidência da evicção, a menos que o edital de praça exclua tal possibilidade, assumindo o adquirente o risco. No entanto, neste caso, o adquirente sabe, antecipadamente, as regras da aquisição e, conhecendo o seu risco, decide assumi-lo.

Assim, em uma venda judicial cujo edital de praça anuncie a venda de um

<sup>124</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume II, cit., p.126.

<sup>125</sup> BONSIHORI, Angelo. *Il Codice Civile Commentario* direto da Pietro Schlesinger. Artt. 219-2929. Milano: Giuffrè, 1988, p. 130/131.

imóvel contendo uma determinada área que, após a sua aquisição, verifica-se ser menor daquela informada, seria possível alegar vício redibitório?

Em primeiro lugar, deve-se verificar se se trata de venda *ad corpus*, que afasta à incidência do art. 500 do Código Civil, ou se se trata de venda *ad mensuram*, possibilitando a incidência das soluções previstas no referido dispositivo. Tratando-se de venda *ad mensuram* ou, em não havendo tal informação no edital, mas sendo possível extrair dos documentos dos autos, sobretudo pelo laudo de avaliação, que o valor de venda foi fixado com base nas medidas do imóvel, é possível o arrematante requerer abatimento no preço, mas nunca o desfazimento da compra porque a venda é feita de forma irrevogável e irretroatável conforme prevê o art. 694 do CPC. Todavia, o abatimento no preço somente torna-se possível se a compra se der por valor igual ou superior ao da avaliação ou se o valor inferior da compra for superior àquele do abatimento do preço. Nesse último caso, o arrematante terá direito a receber a diferença. Por exemplo: se o valor da avaliação é de 100 mil porque o imóvel mede 50 m<sup>2</sup> e após a compra por 90 mil ( -10% da avaliação) constata-se que o imóvel mede 40m<sup>2</sup> ( -20% de medida), o arrematante teria direito a receber 20% de abatimento no preço (20 mil). No entanto, como ele comprou com preço inferior em 10%, a diferença seria de 10 mil e não 20 mil. Se ele tivesse comprado por 80 mil ou valor inferior a este deixaria de ter direito ao abatimento no preço.

Muito embora a doutrina seja quase unânime em afastar à incidência da garantia contra os vícios redibitórios em hasta pública, percebe-se que há fundamento jurídico para aplicá-la a este tipo de modalidade aquisitiva, o que, aliás, alguns doutrinadores já vêm defendendo.<sup>126</sup> Logo, a garantia contra os vícios redibitórios deve ser estendida nas aquisições em hasta pública, como forma de melhor tutelar os interesses dos adquirentes.

---

<sup>126</sup> ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. V. V, p. 330. Também: RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172.

## CAPÍTULO II – A EVICÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL

Neste capítulo, demonstrar-se-á a diferença entre garantia em sentido amplo e garantia em sentido restrito, enquadrando a evicção dentro da modalidade correta. Posteriormente, será examinado o fundamento jurídico da evicção, fazendo um cotejo entre evicção e alienação *a non domino*, para então adentrar no conceito e na relevância da análise funcional do instituto. Não se deve esquecer que, como visto no capítulo anterior, a hasta pública desempenha função semelhante ao contrato de compra e venda, o que faz atrair a normativa, quando compatível, deste tipo contratual, sendo a evicção uma dessas hipóteses. Dessa forma, não há, em princípio, problema de a evicção ser analisado como instituto tipicamente contratual.

### 2.1. Evicção como garantia *lato sensu*

Pode-se definir garantia como “o conjunto de meios coercitivos de que está investido o titular da pretensão, em face do destinatário de dever comportamental que o inadimpliu”<sup>127</sup>, tendo por função atribuir segurança aos seus titulares. Daí advém os meios constritivos do patrimônio do devedor, que responde com todos os seus bens para satisfação do crédito (CC, art. 391). Entretanto, o ordenamento jurídico possibilita que se reforce essa garantia genérica para satisfazer o crédito com maior segurança por meio de uma garantia específica, separando-se, por exemplo, um determinado bem do patrimônio do devedor. Esse reforço se dá por meio das chamadas garantias pessoais e reais, tais como: fiança; penhor; hipoteca etc. Nessas garantias “o respectivo credor tem, em caráter privilegiado, o seu crédito assegurado por aquele bem, por cujo valor satisfaz preferencialmente a outros credores’, podendo, “também, uma pessoa destacar um bem de seu patrimônio, e dá-lo em garantia real a obrigações de outra pessoa”.<sup>128</sup> Assim, pode-se afirmar que garantia traduz acessório do crédito.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> GALBETTI, Luiz Mario e VANZELLA, Rafael. *Contrato de Garantia e Garantias Autônomas*. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro, nº 157, janeiro-março de 2011, Ano L, Malheiros, p.46

<sup>128</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume II, *cit*, p.326.

<sup>129</sup> O presente trabalho não tem por objetivo estabelecer uma ampla análise a respeito das garantias autônomas, mas é necessário tecer alguns comentários sobre o seu enquadramento ou não como modalidade de garantia. As práticas comerciais internacionais, diante das dificuldades impostas pelas garantias tradicionais, desenvolveram um mecanismo que teria atribuído autonomia à garantia, desvinculando-a da obrigação principal, de tal maneira que o garante, normalmente uma instituição financeira, fica obrigado a efetuar o pagamento de uma quantia pecuniária ao credor, sem chance que possa opor os meios de defesa próprios das garantias tradicionais, dispensando-se,

Ocorre que o Código Civil<sup>130</sup> usa a expressão garantia quando se refere a outros institutos que não guardam relação de acessoriedade com o crédito, tal como ocorre com os vícios redibitórios e a evicção.<sup>131</sup> O termo garantia acaba sendo

---

ainda, o ajuizamento de ações judiciais para fins de recebimento do valor devido. Nessa linha de raciocínio pode-se dizer que a garantia autônoma, amplamente difundida no cenário internacional, é uma modalidade de garantia que visa dar maior segurança e rapidez nas relações comerciais, sejam elas entre empresas nacionais ou estrangeiras, mas principalmente nas relações comerciais internacionais, cujas negociações certamente restariam comprometidas ou prejudicadas caso fossem adotadas as modalidades tradicionais de garantia, como ocorre com a fiança, na qual a entidade garantida teria que se submeter as regras específicas sobre a fiança vigentes em cada país, sem conhecer, ao certo, a legislação vigente, a solvabilidade e a credibilidade do fiador. Alguns conceituam a garantia autônoma como uma modalidade de garantia pessoal, na qual o garante oferece o seu patrimônio como garantia em favor do garantido, com quem não possui relação comercial alguma, para garantir o pagamento de uma dívida constituída por um terceiro, no caso o contratante da garantia, independentemente da obrigação principal estabelecida com este, justamente por gozar de autonomia. De acordo com L. Miguel Pestana de Vasconcelos “autonomia, por oposição à acessoriedade, significa que a obrigação do garante, além de não se moldar na obrigação garantida, é independente desta” (*Direito das garantias*, Almedina, p. 128). Enquanto a fiança estaria genética e funcionalmente ligada à obrigação principal, ao ponto de a obrigação decorrente da fiança não ser válida se não for válida a obrigação principal, (art.824) ou o valor da fiança não poder ser superior ao da obrigação principal (art. 823 CC), a garantia autônoma não enfrentaria tais problemas, pois a ela não se atribuiria a característica de acessoriedade presente na fiança. Logo, na garantia autônoma não haveria se falar em dependência da obrigação do garante à obrigação principal (estabelecida no contrato base), nem nas exceções que eventualmente pudessem ser opostas pelo fiador ao credor, uma vez que os vícios da obrigação principal não gerariam nenhum efeito sobre a garantia autônoma. Haveria uma obrigação autônoma em relação à obrigação principal, por isso eventuais vícios ou defeitos do contrato principal não a contaminariam e o garante não poderia utilizar, contra o beneficiário, as exceções para evitar o pagamento previsto no contrato base, tal como ocorre na fiança (CC, art. 837). Afirma Menezes Leitão: a “obrigação do garante não se molda sobre a obrigação principal, quer quanto ao seu objeto, quer quanto aos pressupostos da sua exigibilidade, instituindo antes uma obrigação própria e autônoma, em tudo distinta da do devedor” (Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, p. 332). É por isso que para alguns doutrinadores (v.g. Luis Manuel Teles Menezes Leitão, *garantia das obrigações*, p. 141-142) as garantias autônomas não constituiriam direito acessório do crédito visto que estariam desvinculadas da obrigação principal. Nesta perspectiva, as garantias autônomas não estariam inseridas dentro da categoria de garantia, ao menos em sentido restrito. Verifica-se, dessa forma, que o caráter autônomo seria a característica fundamental da garantia autônoma e o seu diferencial da fiança. Todavia, tal construção teórica não é por todos seguida, uma vez que Pablo Renteria, por exemplo, discorda deste posicionamento afirmando que “tal opinião não se mostra afinada com o sistema jurídico (leia-se brasileiro) visto que a garantia autônoma desempenha função instrumental em relação ao direito de crédito, constituindo mecanismo voltado a assegurar a satisfação dos interesses do credor. Em outras palavras, não tem a figura utilidade senão no contexto de uma relação obrigacional, supondo, invariavelmente, um débito a ser garantido”. Para este autor, portanto, trata-se a garantia autônoma de direito acessório de crédito, até porque seria possível o direito de regresso pelo garante para reaver aquilo que pagou e isto traduziria “manifestação do vínculo de acessoriedade existente entre a relação obrigacional e a garantia autônoma”. (Pablo Waldemar Renteria, tese de doutorado em Direito Civil da UERJ: *o Direito de penhor, realidade, função e autonomia privada*, Rio de Janeiro, 2014, p.113). Por tais razões, dependendo do critério adotado pelo intérprete, é possível enquadrar as garantias autônomas dentro ou fora do âmbito das garantias em sentido estrito.

<sup>130</sup> O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, II, d, e outras leis também utilizam a expressão garantia em sentido amplo.

<sup>131</sup> Pablo Renteria, citando Michele Fragali, diz que a origem do termo garantia “é associada à expressão *waren* ou *waeren* do antigo direito germânico, que era empregada, originalmente, para designar a responsabilidade do vendedor pelo risco da evicção, e da qual derivou o moderno verbo garantir e suas variações garantir, garantir, warrant (Pablo Waldemar Renteria, tese de doutorado em Direito Civil da UERJ: *o Direito de penhor, realidade, função e autonomia privada*, Rio de Janeiro, 2014).

utilizado em sentido demasiadamente amplo para designar variados instrumentos jurídicos voltados a assegurar à realização ou o pleno exercício de um direito subjetivo patrimonial.<sup>132</sup> Esse método, como verifica Pablo Waldemar Renteria, estende a garantia a diversos institutos de direito privado, tais como: resolução contratual; cláusula penal; solidariedade passiva, exceção de contrato não cumprido, direito de retenção, vícios redibitórios, evicção, entre outros. Defende o autor que a garantia guarda uma relação de acessoriedade com o crédito e o seu uso deve ser mais limitado, ou seja, apenas naquelas situações subjetivas reputadas acessórias do direito de crédito. Os vícios redibitórios e a evicção não estariam inseridos dentro deste conceito, visto que nessas figuras não existe relação de acessoriedade, por não formar direito destacado das demais faculdades que compõem a posição contratual da parte do adquirente do bem.<sup>133</sup>

Diante disso, a evicção e os vícios redibitórios não teriam os seus fundamentos no princípio da garantia, ao menos não no sentido estrito<sup>134</sup>, por não guardarem relação de acessoriedade com o crédito. Estes institutos, em verdade, estão mais relacionados à responsabilidade patrimonial prevista no art. 391 do CC

<sup>132</sup> Clovis Bevilacqua ressalta que a “expressão garantia é tomada, no direito, em vários sentidos (Clovis Bevilacqua, *Direito das Coisas*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, reedição publicada em 2003 na Coleção *História do Direito Brasileiro* do Conselho Editorial do Senado Federal, p. 10)

<sup>133</sup> Eis as observações de Pablo Renteria: “Pode-se concluir que, no direito pátrio, o instituto da garantia apresenta conceito mais restrito do que o comumente adotado pela doutrina. De acordo com esse conceito restrito aplicável às garantias do crédito, não podem ser qualificadas como garantia a exceção do contrato não cumprido, cláusula penal (...), visto não guardarem existência própria frente ao conteúdo contratual, compondo-se de maneira indissociável. Do mesmo modo, as responsabilidades pelos vícios da coisa não satisfazem a noção de acessório, visto que seus efeitos se confundem com o conteúdo da relação contratual. De fato, as chamadas garantias pela evicção e pelos vícios redibitórios não formam direito destacado das demais faculdades que compõem a posição contratual da parte do adquirente do bem. Evidencia-se, assim, que o termo garantia é nesse contexto empregado em sentido diverso de acessório de crédito. No direito brasileiro, portanto, as garantias de crédito constituem acessórios da relação obrigacional, e são dotadas da autonomia necessária para desempenhar a função de proteção do crédito em geral. Não colhem, assim, as concepções que identificaram a garantia como qualquer instrumento apto a reforçar ou assegurar, em termos amplos, o exercício de um direito. (Pablo Waldemar Renteria, tese de doutorado em Direito Civil da UERJ: *O Direito de penhor, realidade, função e autonomia privada*, Rio de Janeiro, 2014).

<sup>134</sup> Sobre a noção restrita de garantia, esclarece Armino Saraiva Matias: “Em sentido restrito, garantia há de significar e implicar certa preferência no pagamento ao credor. Uma tal preferência permitirá satisfazer o interesse dos demais credores, porquanto reforça o poder de agressão desse credor relativamente ao patrimônio do devedor conferindo maior intensidade ao destino e à sujeição a que, normal e genericamente, está sujeito o patrimônio do devedor. Não se trata, pois, de sujeição genérica ou potencial como é a que existe relativamente ao patrimônio do devedor, mas de uma especial afectação e sujeição a favor não de todos, mas apenas de um credor; trata-se, por consequência, de fazer crescer e reforçar a probabilidade de satisfação do interesse de um, porventura em desfavor dos outros credores. (*Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, nº 107, julho-setembro de 1997, Ano XXXVI, Malheiros, p.9)

do que a uma garantia propriamente dita (em sentido estrito) .<sup>135</sup> Mas isto não impede o uso do termo garantia para essas figuras, porém no sentido amplo, ou melhor, de “*sicurezza, dare sicurezza, attraverso l’assistenza, la difesa, e insomma la diretta partecipazione del garante all’evento garantito*”.<sup>136</sup> É neste sentido de dar segurança e de o devedor responder com o seu patrimônio, em razão do risco ao qual está submetido o adquirente, que o termo garantia deve ser aplicado no que diz respeito à evicção.

## 2.2. Fundamento jurídico da evicção

A doutrina diverge acerca do fundamento da garantia por evicção nos contratos onerosos ora tratando como garantia legal<sup>137</sup>, ora como responsabilidade por inadimplemento contratual<sup>138</sup>, ora como frustração na concretização do escopo do contrato<sup>139</sup>, ora como sanção<sup>140</sup>, ora como obrigação contratual<sup>141</sup>, entre outros posicionamentos.

A questão de maior relevância diz respeito ao enquadramento da evicção como sendo ou não hipótese de inadimplemento contratual, vistos os resultados práticos daí decorrentes<sup>142</sup>, em razão dos efeitos que podem ser produzidos dependendo da estrutura utilizada. Sendo, por exemplo, a evicção enquadrada dentro da responsabilidade contratual, a determinação do início da contagem dos

<sup>135</sup> Francesco Messineo é um dos autores que defende o uso de responsabilidade por evicção ao invés de garantia, ensinado que: “se garanzia, propriamente, è misura del potere di agressioni di ciascun creditore sui beni del debitore e responsabilità è, invece, assoggettamento dei beni del debitore alle ragioni del creditore, è chiaro che, quando il venditore deve sentire le conseguenze del fatto che il compratore resta evitto, meglio si attagli, a denotare tale situazione, il concetto di responsabilità. (Manuale di diritto civile e commerciale, volume terzo, parte prima. Milano: Giuffrè, 1953, p. 99)

<sup>136</sup> RUSSO, Ennio. *Evizione e garanzia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1987, p.132.

<sup>137</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III, *cit*, p.135.

<sup>138</sup> Ferri, G. *Trattato di diritto privato*, direto da Pietro Resigno, Torino: UTET, 1992, V. 11, t.3, p.233-246; MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*, volume terzo, parte prima. Milano: Giuffrè, 1953, p. 105; RUBINO, Domenico. *La Compravendita in Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXIII. 2º ed. Milano: Giuffrè, 1971, p. 633

<sup>139</sup> MARTINI, Angelo de. *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: UTET, 1957, n. VI, p. 1048-1072

<sup>140</sup> Caterina Miraglia. *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Camerino: ESI, 1981, p. 163

<sup>141</sup> MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. t. II, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 378 e s

<sup>142</sup> Judith Martins Costa, ao discorrer sobre a estrutura normativa do modelo jurídico do inadimplemento das obrigações, faz menção expressa a responsabilidade por evicção e, especificamente aos vícios, assim se manifesta: “(...) especificamente no que tange aos vícios, carece lembrar que, muito embora versados no título V (Dos Contratos em Geral), também integram o modelo de inadimplemento, não havendo razão, nem sistemática, nem axiológica, para tê-los como espécie divorciada do regime geral”. A autora, portanto, parece enquadrar a evicção, que está situada no mesmo Título V onde estão os vícios redibitórios, dentro da modelo de inadimplemento. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. V, Tomo II: do inadimplemento das obrigações, Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.72).

juros é variável, podendo se dar a partir da data do inadimplemento ou da interpelação ou da citação, porém, sendo considerada responsabilidade extracontratual, a contagem é a partir do fato. Na responsabilidade extracontratual subjetiva é preciso a demonstração da culpa, enquanto que, na contratual, basta o inadimplemento para a presunção da culpa do devedor em mora, e assim por diante. Os efeitos, portanto, são distintos dependendo do fundamento jurídico que se atribua à evicção.

Angelo De Martini é um dos autores que não enxerga a evicção como inadimplemento, pois este derivaria de um fato sucessivo ao contrato, enquanto na garantia o vício de direito já existiria na sua celebração. Ou seja, para este o autor a evicção é anterior ao contrato e por esta razão não seria possível considerá-lo inadimplemento.<sup>143</sup> Ennio Russo é adepto da mesma corrente, mas sob o fundamento de que a evicção não resulta de conduta do transmitente, e sim de ação de terceiro, o que então impediria o seu enquadramento como modalidade de inadimplemento contratual<sup>144</sup>. Para José Eduardo da Costa a evicção não se enquadra como inadimplemento contratual porque este tem como pressuposto o não cumprimento da prestação por uma das partes envolvidas na relação obrigacional<sup>145</sup>, hipótese não presente na evicção, visto que há o ingresso do direito no patrimônio do adquirente.<sup>146</sup> Ou seja, para este autor inadimplemento significa descumprimento da obrigação e, com a realização da prestação, “a obrigação preenche a sua função, satisfazendo, pelo cumprimento, o interesse do credor e liberando o devedor do vínculo a que se encontrava adstrito”.<sup>147</sup>

Essa, entretanto, é uma visão tradicional do direito obrigacional que se importava apenas com o “cumprimento da prestação”<sup>148</sup> ou o ato pelo qual “recebe o

---

<sup>143</sup> MARTINI, Angelo de. *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. cit. p. 1048-1072.

<sup>144</sup> RUSSO, Ennio. *Evizione e garanzia*. cit, p132.

<sup>145</sup> Embora o inadimplemento mais comum seja do devedor, em não efetuar a sua prestação ou em efetuar-la no modo, lugar e momento acordados, é possível que a inexecução também seja do credor, por exemplo quando se recusa a receber a prestação na forma pactuada (art. 394 CC).

<sup>146</sup> COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos: fundamento, natureza e estrutura*. São Paulo: Saraiva, 200, p. 69, para quem “A garantia da evicção não é ativada pelo inadimplemento de obrigações contratuais. De fato, não existe descumprimento de uma obrigação preexistente, o qual constitui o fundamento da responsabilidade contratual.

<sup>147</sup> COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos: fundamento, natureza e estrutura*. cit, p. 60.

<sup>148</sup> GOMES, Orlando. *Direitos das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 88.

credor o que lhe é devido”.<sup>149</sup> Atualmente, como ensina Anderson Schreiber, a obrigação “transcende, em muito, o dever consubstanciado na prestação principal”, diante da necessidade de serem observados os chamados deveres anexos de conduta que “vão muito além da literal execução da prestação principal”.<sup>150</sup> É por causa dessa transformação no direito obrigacional que, atualmente, são muitas as hipóteses de responsabilidade contratual antes e após a realização da prestação, assim como em situações provocados por ação de terceiro, normalmente causadas por violação ao princípio da boa-fé objetiva, que exige um padrão de conduta ético e honesto entre os contratantes, inclusive na relação processual de onde pode surgir a evicção.

O equívoco da doutrina, ao rejeitar a evicção como modalidade de inadimplemento, ocorre devido à falta de distinção entre inadimplemento em sentido estrito e inadimplemento em sentido amplo. O inadimplemento em sentido amplo é “a situação objetiva de não realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor<sup>151</sup>”, mas como afirma Sérgio Savi este conceito “tem o defeito de abranger os casos em que a prestação devida não é realizada em razão da impossibilidade de prestar, independentemente da causa da impossibilidade, seja ela imputável ou não ao devedor”.<sup>152</sup>

Com base nessa perspectiva, Judith Martins Costa<sup>153</sup> diferencia os conceitos e ensina que o inadimplemento em sentido estrito não é a simples ausência de cumprimento da prestação devida, mas o descumprimento que corresponde à violação da norma legal ou convencional. Diante disso, a causa da inexecução pode ser por fato imputável ou imputável às partes. A imputabilidade, entretanto, não significa, necessariamente, conduta culposa por parte do inadimplente, visto que, segundo Judith Martins Costa, a imputabilidade pode ser subjetiva, regida pelo princípio da inculpação (ato culposos, portanto) ou objetiva (ato sem culpa), “resultante das normas que atribuem a alguém assunção de um risco ou de um dever de segurança, ou de garantia, ou a responsabilização pelo confiança

<sup>149</sup> CHAVES, Antônio. Tratado de Direito Civil, vol.2, t.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.157.

<sup>150</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 101.

<sup>151</sup> ANTUNES VARELA, J. M. *Das obrigações em geral*, vol.2, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 60.

<sup>152</sup> SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos in *Obrigações: Estudos na perspectiva do Direito Civil Constitucional* (Coord. Gustavo Tepedino). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.460.

<sup>153</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil, Vol. V, Tomo II: *do inadimplemento das obrigações*. cit. p. 82.

despertada na outra parte”.<sup>154</sup>

Essa distinção tem efeito prático uma vez que, dependendo do tipo de inadimplemento, modificam-se os efeitos. No caso de inadimplemento imputável (ato culposo ou não), surge a obrigação de reparar perdas e danos na forma do art. 389 do CC. Por outro lado, tratando-se de não cumprimento inimputável pelo inadimplente, a obrigação se extingue e as partes retornam ao *status quo ante*. Há, portanto, uma importante diferença entre os efeitos do não cumprimento imputável e do inimputável.

Na evicção não é preciso verificar se houve conduta imputável ao alienante, bastando que ocorra a privação do direito para o evicto ter direito à indenização. Daí podem surgir dois caminhos a serem seguidos pelo intérprete: inserir a evicção dentro da modalidade de inadimplemento em sentido estrito com base na imputabilidade objetiva, ato sem culpa, cuja demonstração da perda do bem seria suficiente para atribuir conduta imputável ao alienante; ou considerar a evicção fora do campo de inadimplemento em sentido estrito (como espécie) por não existir conduta imputável ao alienante, em razão da atuação de terceiro, inserindo-a como inadimplemento em sentido amplo, ou melhor, inexecução (como gênero), pela simples falta de adimplemento. A segunda possibilidade parece estar mais em sintonia com o instituto da evicção, pelas razões já consignadas, sendo, também, a mais utilizada pela doutrina contemporânea.<sup>155</sup>

É necessário, todavia, um esclarecimento sobre “a realização da prestação” a fim de afastar o argumento segundo o qual há o cumprimento da prestação na evicção, em razão do ingresso do direito no patrimônio do adquirente o que impediria a sua qualificação como inadimplemento contratual, pois este teria por fundamento justamente “a falta de realização da prestação”. A perda do bem, ainda que após o seu ingresso no patrimônio do adquirente, não pode caracterizar adimplemento e liberar o devedor do vínculo ao qual se encontrava adstrito.<sup>156</sup> Anderson Schreiber ensina que “o próprio cumprimento ou descumprimento da prestação ajustada deve ser examinado à luz do propósito

<sup>154</sup> SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos* in *Obrigações: Estudos na perspectiva do Direito Civil Constitucional*. *cit*, p.465.

<sup>155</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *Evicção: a prestação como dever de resultado na concreção da justiça contratual*. In *Teoria Geral dos Contratos* (Coord. LOTUFO e NANINI, Giovanni Ettore) São Paulo: Atlas, 2011, p. 510 e 532.

<sup>156</sup> COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos: fundamento, natureza e estrutura*. *cit*, p. 60

efetivamente perseguido pelas partes com a constituição da específica relação obrigacional”.<sup>157</sup> Com efeito, o fato de o bem ser entregue ou a transferência se concretizar em favor do adquirente não pode representar, em caráter absoluto e definitivo, adimplemento da prestação se advém, posteriormente, a sua perda. Neste caso, inegável que houve descumprimento quanto àquilo que efetivamente foi perseguido pelas partes, pouco importando se o fato é imputável ou não ao devedor e se ocorreu posteriormente a “extinção da relação obrigacional”.

A investigação não deve ser apenas estrutural, mas “funcional, isto é, que tenha em conta a valoração dos interesses considerados não genericamente, mas que os examine ‘singularmente e concretamente’”.<sup>158</sup> Por tais razões, é necessário ter cuidado na análise sobre o que representa o adimplemento, porque este, atualmente, não pode mais ser visto como simples realização da prestação principal que acarreta a extinção do vínculo obrigacional. O adimplemento, portanto, não está subordinado ao cumprimento da prestação devida, mas da produção do resultado útil programado. Diante da perspectiva funcional, o inadimplemento pode perfeitamente ser verificado após o cumprimento da prestação principal, resultar inclusive na chamada responsabilidade pós-contratual, atingindo às partes de uma relação obrigacional supostamente extinta.<sup>159</sup>

Logo, a afirmação de que a evicção já existe antes da celebração do contrato ou que é provocada por ação de terceiro, não impede o seu enquadramento jurídico como sendo hipótese de inexecução contratual.<sup>160</sup> Até porque, como reforço ao antes exposto, pode-se argumentar que o regime da evicção é aplicável aos contratos em que se cria a obrigação de transferir direitos, cuja eficácia é meramente obrigatória. Cria-se, portanto, a obrigação de o direito ser transferido ao adquirente, em definitivo e sem vícios. O adimplemento deve ser perfeito, isto é, o direito transmitido deve ser útil ao fim proposto, livre de vícios, e apto a desempenhar a sua função. Quando isto não ocorre, mesmo que o vício seja anterior e que se manifeste depois da transmissão do direito em razão de uma ação de terceiro, tal como ocorre com a evicção, o adimplemento não foi perfeito, sendo

<sup>157</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. cit. p. 101-102.

<sup>158</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. cit. p. 101-102.

<sup>159</sup> Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*. São Paulo: Aide, p.54-55.

<sup>160</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *Evicção: a prestação como dever de resultado na concreção da justiça contratual*. In *Teoria Geral dos Contratos* (Coord. LOTUFO e NANINI, Giovanni Ettore) São Paulo: Atlas, 2011, p. 510 e 532.

hipótese de inexecução contratual. Portanto, não é correto afirmar que, com a transferência do bem, a relação jurídica encontra-se extinta e não se pode mais falar em “inadimplemento”.

A evicção, todavia, não é um “inadimplemento comum” visto que, por opção legislativa, justificável diante da sua gravidade, é dotada de um regime próprio com requisitos específicos para sua caracterização e atuação, afastando-se, conseqüentemente, a maior parte, porém não a totalidade, das normas aplicáveis ao inadimplemento. Diante disso, é possível afirmar que a garantia por evicção está inserida no âmbito da inexecução contratual, porém goza de um sistema especial e próprio, assim como ocorre com os vícios redibitórios.

Com efeito, é justamente por existir um regime normativo próprio que não há tanta importância nas discussões doutrinárias sobre o fundamento jurídico da evicção, pois seja qual for o seu fundamento, o regramento próprio da evicção sempre será aplicado. Todavia, o seu enquadramento como inexecução atrai regras, ainda que “secundárias”, previstas para os casos de inadimplemento, como, por exemplo, a contagem de juros a qual nos referimos antes. Por outro lado, é de fundamental importância saber identificar quais são os verdadeiros casos de evicção para evitar que o intérprete busque aplicar as conseqüências da garantia a outras situações jurídicas, como, por exemplo, as alienações *a non domino*, ampliando em excesso o instituto que fora desenhado para um propósito específico. Para tanto, é de grande contribuição examinar as diferenças entre esses dois institutos, o que será feito mais adiante.

A qualificação da evicção como inexecução contratual não pode ser vista como um impedimento à sua aplicação na hasta pública. Foi visto anteriormente que a função desta modalidade aquisitiva é semelhante à função do contrato de compra e venda, servindo o produto da arrematação para adimplir a obrigação do executado, de tal maneira que o aspecto funcional da hasta pública e da própria garantia (esta será abordada mais adiante), justificam a proteção ao adquirente. A inexecução está relacionada à ausência da atribuição translativa, a qual está vinculado o transmitente em razão da função do contrato de compra e venda, e também da hasta pública, no ordenamento jurídico.

### **2.3. Conceito**

O termo evicção costuma ser utilizado para englobar o fato da evicção e a garantia, mas estas são situações inconfundíveis e precisam ser diferenciadas. Para

caracterização do fato da evicção é necessário que o adquirente seja privado do direito que lhe fora transmitido, por meio de uma de uma ação de terceiro, em razão de um vício que contamina este direito. O fato da evicção é, portanto, a perda que o adquirente sofre em razão de um direito superior de outrem. A garantia, por sua vez, é o conjunto de medidas que o legislador disponibiliza ao adquirente, quando este perde o direito que lhe fora transferido em razão do fato da evicção, lembrando que o termo garantia é aqui utilizado em sentido amplo e não guarda relação com as garantias de crédito. Assim, pode-se afirmar que, para o surgimento da garantia, é indispensável que ocorra, antes, o fato da evicção. Mas, como será visto adiante, a garantia nem sempre surge quando estiver presente o fato da evicção. Embora o termo evicção seja utilizado de forma genérica para incluir o fato da evicção e a garantia, é importante separá-los e saber diferenciá-los.

A doutrina tradicional conceitua evicção como sendo a perda da coisa ou posse, por força de sentença judicial, que a atribui a outrem, por direito anterior ao contrato aquisitivo.<sup>161</sup> O instituto surgiu nos contratos consensuais em Roma com a finalidade de dar proteção ao comprador quando este perdia a posse<sup>162</sup>, pois o contrato de compra e venda não tinha por escopo a transferência da propriedade.<sup>163</sup> A obrigação do vendedor era apenas de transferir a posse mansa e pacífica da coisa vendida, surgindo a garantia como um instrumento de proteção em favor do adquirente no caso de turbção da posse, em razão de uma causa anterior. A evicção surge, originalmente, como um instrumento de proteção para o caso de

<sup>161</sup> “Chama-se evicção a perda da coisa, por força de sentença judicial, que a atribui a outrem, por direito anterior ao contrato aquisitivo”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.135); “Dá-se a evicção quando o adquirente vem a perder a propriedade ou posse da coisa em virtude de sentença judicial que reconhece a outrem direito anterior sobre ela” (GOMES, Orlando. Contratos. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.592) “consiste na perda, total ou parcial, da posse de uma coisa, em virtude de sentença que a garante a alguém que a ela tinha direito anterior” (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. v. II, 10ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955). “Dá-se evicção quando o adquirente de uma coisa se vê total ou parcialmente privado da mesma, em virtude de sentença judicial que a atribui a terceiro, seu verdadeiro dono. Portanto, a evicção resulta sempre de uma decisão judicial” (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2000, p.111).

<sup>162</sup> MARTINI, Angelo de. *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. *cit*, p.1.050.

<sup>163</sup> A compra e venda (*emptio-venditio*) não transferia a propriedade, sendo a obrigação principal do vendedor transferir a posse. Por isso, natural a vinculação da garantia contra evicção ao exercício manso e pacífico da posse, pois no direito romano a compra e venda restringia-se à transmissão da posse, sem obrigação de transmitir direitos reais. Para transferência de direitos reais era necessário a celebração de outros atos jurídicos, tais como a *mancipation*, a *in iure cessio* e a *tradition*. Neste sentido v. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. v. IV. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 548; MARTINI, Angelo de. *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. *cit*, p.1.050-1078; COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos: fundamento, natureza e estrutura*. *cit*, p. 4.

perda da posse ou uma interrupção da relação material entre a coisa e o comprador.<sup>164</sup> Historicamente, portanto, o conceito de evicção não guarda relação com a transferência do direito de propriedade, mas com o passar do tempo, principalmente após a introdução no ordenamento jurídico da nova função do contrato de compra e venda, a evicção acabou se tornando instituto de proteção relacionado muito mais à perda do domínio do que da posse, tanto é que os casos mais frequentes são aqueles decorrentes de ações reivindicatórias.<sup>165</sup>

Por isso que nas codificações modernas a evicção costuma ser regulamentada no âmbito do contrato de compra e venda como sendo uma obrigação imposta pela lei para assegurar o direito à indenização sempre que o adquirente perde o bem em razão de uma ação de terceiro. Desde então, a garantia deixa de ser figura exclusiva de proteção contra a perda material da coisa e passa a funcionar também nos casos de perda do domínio, o que se explica pelo fato de o contrato de compra e venda moderno ter por função à transferência da propriedade, seja no sistema segundo o qual ele tem eficácia real (porque transfere a propriedade), seja no sistema cuja eficácia é meramente obrigacional (porque por si só não transfere a propriedade).

Como ensina Orlando Gomes, as pessoas que celebram contrato de compra e venda têm a intenção, respectivamente, de transferir e adquirir a propriedade. Portanto, seja num ou noutro sistema a finalidade buscada pelas partes não é de transferir apenas a posse como no direito romano, mas o domínio. Por isso, a garantia passa a funcionar para proteger o adquirente em ambas situações, ou seja, tanto no caso de perda da posse quanto no caso de perda da titularidade, onde se inclui o uso, o gozo e a disposição que são faculdades inerentes ao domínio.<sup>166</sup>

Atualmente, contudo, o campo de atuação da evicção não se restringe ao

<sup>164</sup> RUSSO, Ennio. *Evizione e garanzia. cit.*, p.196.

<sup>165</sup> Pontes de Miranda, entretanto, faz uma ressalva importante afirmando que na evicção “o que importa é que se haja prestado objeto que possa ter o vício jurídico, isto é, o vício de haver sôbre êle ou poder exercer-se sôbre ele direito, pretensão, ação ou exceção de outrem” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.275).

<sup>166</sup> Assinala Gustavo Tepedino: “a faculdade de usar (*ius utendi*) consiste em dar à coisa a destinação econômica que lhe é própria, isto é, utilizar-se dela sem alteração de sua substância (...) O direito de gozar ou usufruir (*ius fruendi*) consiste em extrair benefícios econômicos da coisa, traduzindo-se na percepção, pelo titular, de frutos naturais e civis da coisa, beneficiando-se de seus produtos. A faculdade de dispor (*ius abutendi*), por sua vez, é a mais viva expressão dominial, pela maior largueza que espelha, por significar o poder de decidir quanto ao destino a ser dado à coisa (...) Já a faculdade de reaver a coisa de quem quer que a injustamente a possua ou detenha (*rei vindicato*) configura a defesa desse direito, exercida por meio de ação reivindicatória.” (*Temas de Direito Civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323).

contrato de compra e venda, mas a todos os contratos onerosos de transmissão de direitos, inclusive naqueles países onde a evicção é figura regulamentada no âmbito daquele tipo contratual. Embora a maior parte da doutrina admita a aplicação do instituto a todos os contratos onerosos<sup>167</sup>, alguns doutrinadores tentam limitá-lo aos contratos que tem por finalidade à transmissão do direito de propriedade ou à constituição de um outro direito real. Esta última posição é defendida por Regina Gondim que não admite, por exemplo, a evicção no contrato de locação por não constituir uma alienação.<sup>168</sup> Caio Mário e Pontes de Miranda<sup>169</sup>, ao contrário, defendem o uso da garantia a este tipo contratual sob o fundamento de que a privação pode ocorrer no caso de privação no uso da coisa transferida por meio de um contrato oneroso, cabendo ao locador assegurar ao locatário o exercício pleno da posse que ele transferiu.

Embora a evicção “*prescinde dallo spossessamento del compratore e collega al dato formale dell'accertamento della prevalente situazione giuridica del terzo*”<sup>170</sup>, a segunda posição parece mais acertada por duas razões: primeiro porque a desvinculação com o “*spossessamento*” não significa que a evicção não possa ocorrer quando ele esteja presente, mas apenas e tão somente que a perda material da coisa não é imprescindível; segundo porque o atual Código Civil não restringe a evicção a um ou outro tipo contratual oneroso, ao contrário, tanto é que se encontra regulamentada no capítulo sobre as disposições gerais dos contratos e o art. 447 do CC dispõe que a garantia está presente em todos os contratos onerosos que tenham por função a transmissão de direitos.<sup>171</sup> Aliás, alguns esclarecimentos sobre a onerosidade e cumutatividade são necessários.

<sup>167</sup> É relativamente pacífico o entendimento segundo o qual a garantia não se aplica apenas aos contratos que criam obrigações de transferir o domínio de determinada coisa, mas a qualquer tipo de transmissão onerosa de algum direito patrimonial (Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, V.III, n.125, p.187/191; Caio Mário, *Instituições de direito civil*, v. III, *cit.*, p.203-204; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol. XL, *cit.*, p.47/52)

<sup>168</sup> GODIM, Regina B. *Da evicção*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.24 e s.

<sup>169</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, *cit.*, p.203-204; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, 3ª ed. São Paulo, vol. XL, *cit.*, p.47/52;

<sup>170</sup> RUSSO, Ennio. *Evizione e garanzia*. *cit.*, p. 206.

<sup>171</sup> Diz-se em regra porque o legislador estendeu o instituto em situações não enquadradas dentro do conceito de contrato oneroso, podendo ser citada como o exemplo a partilha que é considerada pela doutrina como divisão declarativa da propriedade. Washington de Barros Monteiro diz que “embora possa parecer estranho que a evicção esteja a tingir relação jurídica de natureza não onerosa, como a partilha, certo é que com a referida disposição legal nada mais fez o legislador do que, inspirado na equidade, tornar efetiva citada regra da igualdade, fundamental em nosso direito hereditário” (*Curso de direito civil*, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 6, p. 324-325.). Além disso, o presente trabalho demonstra que a evicção também incide em hasta pública, situação jurídica considerada, embora onerosa, não contratual ao menos sob o seu aspecto estrutural.

Quanto à existência de contrato oneroso, tal elemento não pode ser visto como regra absoluta. Isto porque, o próprio legislador prevê a evicção em situações não inseridas dentro do conceito de contrato oneroso, como por exemplo na partilha (CC, art. 1.803), que é considerada pela doutrina como divisão declarativa da propriedade. Washington de Barros Monteiro leciona:

”embora possa parecer estranho que a evicção esteja a tingir relação jurídica de natureza não onerosa, como a partilha, certo é que com a referida disposição legal nada mais fez o legislador do que, inspirado na equidade, tornar efetiva citada regra da igualdade, fundamental em nosso direito hereditário”.<sup>172</sup>

O fato do legislador se referir à onerosidade, não quer significar que a garantia não possa ser aplicada aos contratos gratuitos. Apenas quer dizer que os contratos gratuitos não gozam de proteção automática como os contratos onerosos, mas nada impede que, por meio do exercício da autonomia privada, as partes se utilizem da garantia.

A correspectividade “consiste no liame funcional entre as obrigações reciprocamente assumidas pelos contratantes”<sup>173</sup> ou “refere-se ao nexa que liga indissolúvelmente as prestações contratuais, de modo que cada uma é a causa da outra”.<sup>174</sup> É, portanto, o “sinalagma que, por indicar o escopo funcional, revela o equilíbrio pretendido entre as prestações”.<sup>175</sup> Quando esse equilíbrio é rompido, em razão da perda que o adquirente sofre, nasce a garantia em seu favor. Embora seja mais comum à sua ocorrência nos contratos de compra e venda<sup>176</sup>, onde o instituto é

<sup>172</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. VI, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 6, p. 324-325.

<sup>173</sup> Tepedino, Gustavo. *Hermenêutica contratual no equilíbrio econômico dos contratos*. In: Soluções práticas de direito: pareceres. V.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.461.

<sup>174</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 308.

<sup>175</sup> Tepedino, Gustavo. *Hermenêutica contratual no equilíbrio econômico dos contratos*. In: Soluções práticas de direito: pareceres. V.2, *cit*, p.461.

<sup>176</sup> Ementa: “CIVIL - VENDA E COMPRA DE IMÓVEL - EVICÇÃO - PERDAS E DANOS - PRESCRIÇÃO DA AÇÃO - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE DO ALIENANTE PELA EVICÇÃO - PRETENSÃO DE ISENÇÃO BASEADA EM DISPOSITIVOS SOBRE OS QUAIS O ACÓRDÃO NÃO SE PRONUNCIOU - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356/STF)- VALOR A SER RESTITUÍDO (art. 1.109 do CC) I - E de direito pessoal a prescrição que atinge contrato (escritura) de venda e compra de imóvel, quando verificado que o vendedor não porta título de propriedade, eis que decisão judicial anterior entre partes que não os da avença, decretou-lhe a evicção. Precedente da Corte. II - Responsabilidade pela evicção, cuja isenção se propugna, à luz de dispositivos acerca dos quais o Acórdão hostilizado nada deliberou, nem houve provocação, pela via dos declaratórios. Falta de prequestionamento que inviabiliza a apreciação da matéria em sede de Especial (Súmulas 282 e 356/STF). III - A orientação jurisprudencial desta Terceira Turma é no sentido de que, pela perda sofrida, tem o evicto direito à restituição do preço, pelo valor do bem ao tempo em que dele desapossado, ou seja, ao tempo em que se evenceu. IV - Recurso Especial de

regulamentado em alguns países, o direito brasileiro não se limitou a este tipo contratual como esclarecido anteriormente. Pode-se afirmar que a garantia encontrar-se-á presente sempre que houver equivalência de prestações, a fim de recompor o equilíbrio econômico abalado pelo rompimento da correspectividade das prestações. Na compra e venda, por exemplo, é a obrigação de transferir um direito por um determinado preço.

Na hasta pública, que é o ponto central deste estudo, a semelhança entre a função desta com aquela do contrato de compra e venda, como já exposto, seria suficiente para justificar a proteção ao arrematante. Aqui, em nossa opinião, tanto a onerosidade quanto a correspectividade estão presentes. Há equivalência de prestações uma vez que o preço pago pelo arrematante é destinado em benefício do executado, seja por meio do pagamento de suas dívidas, seja por meio do recebimento do saldo remanescente. Entretanto, para afastar qualquer pretensão no sentido de impedir a aplicação da garantia em hasta pública, como tentam alguns, o legislador do CC/02 corrigiu uma falha do CC/16 e estendeu a proteção a este tipo de modalidade aquisitiva, não merecendo prosperar o argumento de que o dado normativo se aplica apenas nas aquisições em hasta pública decorrentes de processos de jurisdição voluntária.<sup>177</sup> Não há dúvida de que o legislador ampliou o campo de atuação da garantia para alcançar o ideal protetivo buscado nas transferências onerosas de direitos, pouco importando se ela ocorre por meio de negócio jurídico ou hasta pública decorrente de execução forçada.

Além da existência de um contrato oneroso, a doutrina aponta outros três elementos para incidência da evicção: i) a privação total ou parcial do direito transferido ao adquirente; e ii) a existência de uma sentença judicial reconhecendo um direito preexistente em relação àquele transferido; e iii) a obrigatoriedade de denunciação da lide.<sup>178</sup> Esses elementos, dependendo do autor, podem sofrer

---

que não se conhece". (REsp n. 132012/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma do STJ, Julg. em 05/11/1998, Publ. DJ. 24.05.1999). Ementa: "INDENIZATÓRIA FUNDADA NA EVICÇÃO. COMPRA E VENDA DE VEICULO. RESTRIÇÃO ANOTADA NO DETRAN DESCOBERTA QUANDO DA TRANSFERÊNCIA. PRESCRIÇÃO. A demanda posta em julgamento não está fundada no enriquecimento sem causa, mas sim na evicção. Prescrição afastada. Sentença desconstituída. RECURSO PROVIDO". (Apelação Cível n. 71004074597, 1ª Turma Recursal Cível do TJ/RS, Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, Julg. em 09/07/2013).

<sup>177</sup> V. nota 35.

<sup>178</sup> Além dos elementos objetivos, estão presentes também os seguintes elementos subjetivos: i) o evicto, que é quem adquiriu o direito e o perdeu em razão de uma causa anterior; ii) o alienante, que responde pela evicção por ter causado a perda do direito ao evicto; iii) o evictor, que é o verdadeiro titular do direito que o reivindica perante o evicto ou alienante.

alguma variação, mas, na essência, esses são os considerados imprescindíveis pela doutrina tradicional para caracterização da evicção. Passa-se, então, ao exame desses três últimos, iniciando-se pela privação do direito e concluindo pela exigência de denunciação da lide.

#### **2.4. Privação total ou parcial da coisa decorrente de vício anterior no direito transmitido**

A privação corresponde à perda, total ou parcial, de um direito que tenha ingressado no patrimônio do adquirente ou, como afirma Ennio Russo, uma desvantagem patrimonial a cargo do evicto.<sup>179</sup> É um evento futuro e incerto que provoca a perda do direito transmitido, normalmente relacionado à ausência de titularidade pelo vendedor, mas não limitado a esta situação. Para tanto, é necessário tecer alguns esclarecimentos sobre o regime de transferência de direitos reais no direito brasileiro, já que o presente estudo é sobre evicção em bem imóvel, cuja transmissão/aquisição deve observar o disposto no art. 1.245 do CC.

É interessante destacar que nem todos os países adotam o mesmo regime de transferência de direitos reais, tampouco o mesmo tipo de sistema registral. Na França<sup>180</sup>, por exemplo, o negócio aquisitivo, mesmo sem registro, é suficiente para

<sup>179</sup> RUSSO, Ennio. *Evizione e garanzia. cit.*, p. 41.

<sup>180</sup> Aplica-se, na Itália, o mesmo procedimento adotado na França, porém, com uma significativa particularidade. O art. 2.644 do Código Civil Italiano atribui direito de preferência na aquisição para aquele que realiza primeiro o registro. Isto significa que, diante de dois contratos de transferência da propriedade outorgados pelo mesmo vendedor, adquirir-lhe-á a propriedade aquele que o registrar em primeiro lugar, pouco importando a anterioridade do contrato. Essa medida, por um lado, incentiva o ato registral, pois aquele que o fizer em primeiro lugar será beneficiado com a aquisição do bem e, por outro lado, contribui à diminuição de fraudes, por existir interesse na realização do registro. O modelo alemão é bastante diferenciado, chamando atenção por sua eficácia e segurança e, ao mesmo tempo, por sua burocracia e complexidade. No sistema germânico, a propriedade só se transfere mediante o registro do título translático, assim como ocorre no Brasil, mas há uma significativa diferença. Na Alemanha, o registro tem um procedimento distinto do sistema nacional pois gera presunção absoluta de veracidade e impede que o registro seja cancelado, enquanto no Brasil a presunção é apenas relativa e o registro é passível de cancelamento. Trata-se de um procedimento ao qual Caio Mário chama de acordo formal de transmissão que se erige em convenção jurídico-real e resulta de declaração de vontade dos interessados, especificamente à inscrição. Logo, além do negócio jurídico causal, as partes celebram outro negócio, este destinado à transmissão da propriedade. Após a realização desse procedimento – após o contrato - que se realiza por meio de ato judicial, a inscrição assume o sentido de negócio jurídico abstrato, ou seja, vale por si mesma, independentemente do negócio jurídico causal anterior, como por exemplo a escritura de compra e venda ou de doação. É um procedimento mais burocrático do adotado no Brasil, não sendo suficiente apresentar o contrato ao oficial do registro, e sim realizar um procedimento a parte e independente do título de transferência, sem o qual não é possível efetivar o registro. Quando este segundo procedimento é concluído surge uma imensa diferença em comparação ao sistema nacional, uma vez que o registro gera presunção absoluta e eventual nulidade do contrato que fez nascer o direito aquisitivo da propriedade não afeta o registro. No Brasil, por inexistir o mesmo procedimento, o registro gera apenas presunção relativa, de tal forma que o registro na Alemanha não é passível de cancelamento e no Brasil o é. E nesse aspecto

transferir a propriedade, servindo o registro apenas como instrumento para dar publicidade do ato a terceiros, uma vez que vigora o princípio segundo o qual o mero consenso é suficiente para transferir a propriedade.<sup>181</sup> Aplica-se no direito italiano o mesmo princípio adotado pelo direito francês, porém com uma importante diferença, pois o art. 2.644 do Código Civil Italiano atribui direito de preferência à aquisição para aquele que realiza primeiro o registro. Isto significa que, diante de dois contratos de transferência de propriedade outorgados pelo mesmo vendedor, adquire a propriedade aquele que registra em primeiro lugar, pouco importando a anterioridade do contrato. Essa medida acaba incentivando o ato registral, pois aquele que o fizer em primeiro lugar será beneficiado com a aquisição do bem.<sup>182</sup>

O modelo alemão, por sua vez, é bastante diferenciado, chamando atenção por sua eficácia e segurança e, ao mesmo tempo, por sua burocracia e complexidade. No sistema germânico, a propriedade só se transfere mediante o registro do título translático, assim como ocorre no Brasil, mas há uma significativa diferença. Na Alemanha, o registro tem um procedimento distinto do sistema nacional pois goza de presunção absoluta de veracidade e isto impede o seu cancelamento. Ao contrário do sistema adotado no Brasil, cuja presunção é relativa e o registro pode ser cancelado.<sup>183</sup>

Caio Mário chama o sistema alemão de acordo formal de transmissão que se erige em convenção jurídico-real e resulta de declaração de vontade dos interessados, especificamente à inscrição. Logo, além do negócio jurídico causal, as partes celebram outro negócio, este destinado à transmissão da propriedade. Após a realização desse procedimento - após o contrato - que se realiza por meio de ato judicial, a inscrição assume o sentido de negócio jurídico abstrato, ou seja, vale por si mesma, independentemente do negócio jurídico causal anterior, como por exemplo a escritura de compra e venda ou de doação.

É um procedimento mais burocrático do adotado no Brasil, não sendo suficiente apresentar o contrato ao oficial do registro, e sim realizar um procedimento a parte e independente do título de transferência, sem o qual não é possível efetivar o

---

surge a tormentosa e preocupante questão do problema de falta de veracidade do registro, porque ao passo que na Alemanha o prejudicado não pode cancelá-lo, cabendo apenas ação de perdas e danos, no Brasil, o prejudicado, no caso o real proprietário, pode ajuizar ação com a finalidade de desconstituir o registro, como prevê o parágrafo único do art. 1.247 do Código Civil, situação essa que traz insegurança jurídica e gravíssimas consequências.

<sup>181</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. Vol. IV. cit. p. 30-49.

<sup>182</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. Vol. IV. cit. p. 30-49.

<sup>183</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. Vol. IV. cit. p. 30-49.

registro. Quando este segundo procedimento é concluído surge uma imensa diferença em comparação ao sistema nacional, uma vez que o registro gera presunção absoluta e eventual pedido reivindicatório por evicção não desconstitui à venda, cabendo ao verdadeiro proprietário ação de perdas e danos em face do falso alienante, visto que o registro não pode ser cancelado se o imóvel foi adquirente com boa-fé.<sup>184</sup>

No Brasil, o contrato que transfere direitos reais não tem eficácia real, apenas obrigacional, sendo distinto, portanto, do regime italiano e francês. Pelo fato de o contrato de compra e venda não transferir a propriedade por si só, é imprescindível o seu registro no cartório imobiliário competente, em se tratando de bens imóveis (CC, art.1.245), ou a tradição, no caso de bens móveis (CC, art. 1.267).

A privação, como sendo a perda de um direito<sup>185</sup>, só pode ocorrer sobre um direito que tenha, efetivamente, ingressado no patrimônio do adquirente. Isto porque ninguém pode ser privado de um direito que ainda não lhe pertence. Não há, por exemplo, como alguém ser privado da propriedade se ainda não a possui. Tratando-se de bem imóvel, que é o foco deste estudo, é necessário o registro do título aquisitivo no cartório imobiliário.<sup>186</sup>

<sup>184</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4ª ed. 1961. p. 45-47. Diz o autor: “Quer isso significar que o acordo realizado perante o Ofício de Imóveis é válido por si mesmo, independentemente do pactuado no contrato obrigacional. Uma consequência importante daí decorrente: o acordo, independente do contrato causal, mantém-se válido apesar dos vícios que afetam e anulem o ato de que a inscrição se originou. A nulidade do contrato obrigatório ou a falta de causa para a transferência efetuada, não são lugar à retificação da inscrição que haure vida de acordo manifestado perante o Ofício de Imóveis. Há a ponderar, porém, que positivada uma discrepância entre o mencionado acordo e o contrato obrigacional, revelando a transferência de um direito real sem motivo obrigacional, pode a parte prejudicada promover uma ação de por enriquecimento sem causa contra a outra parte com o objetivo de restabelecer o equilíbrio pela restituição ou extinção do direito constituído sem obrigação. Se a ação for julgada procedente, estará o réu obrigado a renunciar a posição injustamente obtida e a prestar declaração necessária ao cancelamento do direito inscrito. (...) Reputam-se verdadeiras as inscrições efetuadas no Registro de Imobiliário, ainda quando não o sejam, para toda aquele que adquirir por ato voluntário um direito real, estando de boa-fé. Assim, o adquirente de boa-fé adquire a propriedade daquele que, embora não sendo proprietário, se encontra inscrito”.

<sup>185</sup> No direito brasileiro, é possível afirmar que a privação nunca esteve vinculada ao desapossamento como no direito romano e no direito italiano, podendo ela ocorrer sobre qualquer umas das faculdades do direito transmitido. É possível que haja privação quando ocorra a perda do domínio ou da posse, como por exemplo nos casos em que o adquirente sai vencido em ação reivindicatória ou possessória. A privação pode ocorrer quando o adquirente perde apenas o domínio, o domínio e a posse, apenas a posse, o direito de uso, disposição, gozo, enfim, quando é privado de qualquer um dos direitos adquiridos, isoladamente ou em conjunto.

<sup>186</sup> Esta é a opinião de José Eduardo da Costa, com quem concordamos, como se vê a seguir: “A aquisição do direito é pressuposto da existência do fato da evicção, pois ninguém pode ser privado de um direito que ainda não lhe pertence. Determinar se o adquirente já é titular do direito dependerá da análise do conteúdo do contrato e das regras da transmissão do domínio, posse ou uso do direito brasileiro”. (COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos: fundamento, natureza e estrutura*. cit, p. 33).

Não pode o adquirente “perder” a propriedade de um bem imóvel antes da realização do registro, ainda que por causa anterior à transmissão, *o que caracterizaria a evicção*, pois a propriedade só se adquire mediante o registro. Neste caso, não poderá a adquirente valer-se da garantia porque a privação pressupõe a perda de um direito e este não chegou a ser adquirido por falta de registro do título aquisitivo.<sup>187</sup> Com efeito, não haveria como justificar, legalmente, à incidência da evicção nesta hipótese, por se exigir o registro para transferência do direito de propriedade e pelo fato de a privação só ocorrer sobre um direito que tenha ingressado no patrimônio do adquirente. Isto não quer dizer que o adquirente não tenha direito a buscar ressarcimento aos danos sofridos, poderá fazê-lo utilizando as regras comuns de inadimplemento contratual, até mesmo para evitar o enriquecimento sem causa do alienante, todavia, tecnicamente, não há evicção.

Note-se que a privação é provocada por uma ação de terceiro que goza de um direito superior àquele do adquirente. Esse direito superior é que causa o vício jurídico e normalmente está relacionado à titularidade do terceiro em relação ao direito que o adquirente acreditou ter adquirido. Todavia, existem situações em que há vício no direito transmitido, mas não ocorre privação. Diante dessa situação, é muito importante diferenciar a alienação *a non domino* da evicção.

Para Mirabelli a evicção é um fenômeno próprio da venda de coisa alheia<sup>188</sup>. Angelo De Martini diz que a venda de coisa alheia, na qual o adquirente desconhece

---

<sup>187</sup> É interessante notar que, no direito Italiano, alguns autores, entre eles Ennio Russo e Massimo Bianca, criticam a construção doutrinária que diz ser necessário existir uma causa preexistente para haver evicção. Para estes autores seria possível a existência de evicção por meio de um ato sucessivo à venda, apresentando como exemplo a venda de um mesmo imóvel a duas pessoas. Neste caso, o segundo comprador, promovendo o registro imobiliário antes do primeiro adquirente, teria direito à propriedade. Diz Bianca: “... Il critero della preesistenza della causa di evizione è in realtà mal formulato perchè, a parte l'improprio riferimento ala “causa”, si avverte già intuitivamente come l'area della possibile lesione del compratore possa estendersi anche a titoli costituiti dopo la vendita. L'esempio che solitamente è considerato dalla dottrina è quello del venditore che aliena una seconda volta il bene ad um terzo, il quale prevale sul compratore perchè trascrive per primo il suo acquisto. L'esempio è significativo poichè qui l'evizione consegue ad um atto dispositivo del venditore che è successivo ala vendita.” (*La vendita e la permuta*, Torino: Unione Tipografica, 1972, p.751). Todavia, em nossa opinião, a crítica e o exemplo acima não cabem no direito brasileiro, pois, ao contrário do direito italiano, o contrato de compra e venda não tem eficácia real e se exige, para transferência da propriedade, o seu registro. Se a evicção significa a perda de um direito, o primeiro adquirente nunca adquiriu este direito por não ter realizado o registro, logo, não pode sofrer evicção, devendo buscar eventual ressarcimento pelas regras de inadimplemento contratual. Além disso, no direito italiano o art. 2.644 prevê, expressamente, que a propriedade é assegurada àquele que promove o registro do contrato em primeiro lugar, ainda que o contrato seja posterior a algum outro, regra que não existe no direito brasileiro e nem teria como existir pelo fato de a lei exigir o registro para operar a transferência da propriedade.

<sup>188</sup> MIRABELLI. *Dei singoli contratti*, in *Commentario del Codice Civile*, Torino, UTET, 1968, p.66.

a falta de titularidade do vendedor, seria um caso da existência de um vício de direito que pode ou não se transformar em fato da evicção.<sup>189</sup> Se o vendedor não cumpre com a sua obrigação de transferir a coisa por falta de titularidade, somente no caso da falta de titularidade conduzir à evicção, é que surge a responsabilidade. Isso porque, em alguns casos, não há reivindicação de terceiro sobre o bem ou, em outros casos, é possível o vendedor adquirir a titularidade e sanar o vício de direito.<sup>190</sup>

Por isso, é necessário existir um vício no direito transmitido somado à privação, isto é, o adquirente perder, total ou parcialmente, o direito transmitido em razão de uma ação de terceiro.<sup>191</sup> Na evicção, portanto, não é suficiente a existência de apenas um vício no direito transmitido, pois este deve vir, obrigatoriamente, acompanhado de um exercício ou de uma ação pelo terceiro que é o verdadeiro titular do direito aparentemente transmitido.<sup>192</sup> Antes disso a hipótese é de alienação *a non domino* que resultará na aplicação do regramento comum de inadimplemento contratual.

O vício de direito é, normalmente, um problema de titularidade de um direito que não pertence a quem o aliena e sim a uma outra pessoa, seu verdadeiro titular. Antônio Junqueira de Azevedo chama tal hipótese de “legitimidade-fator de eficácia”, que pode ser definida “como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico; ela existe por causa de uma relação jurídica anterior”. Afirma ainda o autor que a relação jurídica, que daria legitimidade ao agente para realizar eficazmente um negócio (legitimidade-fato de eficácia), somente existe

---

<sup>189</sup> <sup>189</sup> Angelo De Martini. *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula, Torino: UTET, 1957, n. VI, p.1053: “il diritto altrui passi dalla fase di inerzia a quella di *esercizio*, e determini um *effettivo, concreto disconoscimento del diritto acquistato dal compratore*: ciò può avvenire o in esito ad azione di rivendicazione, o ad espropriazione, o anche ad azione di mero accertamento del diritto del terzo, o infine in esito a *riconoscimento* di tal diritto da parte del compratore quando questi possa provare che non esistevano ragioni sufficienti per impedire l’evizione”.

<sup>190</sup> Para Enio Russo o elemento identificador e de maior característica da evicção se substancia na ação de um sujeito, isto é, na interferência de uma posição jurídica de outrem sobre o ato contratual de transferência do direito. RUSSO, Ennio. *Evizione e garanzia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1987, p. 53.

<sup>191</sup> A palavra coisa empregada pelo art. 457 do Código Civil, e utilizada pela doutrina para conceituar a evicção, deve ser compreendida em sentido amplo, não apenas em sentido de objeto material, mas para abarcar bens materiais e imateriais.

<sup>192</sup> Não estamos dizendo que essa seja a única possibilidade de evicção, outras situações podem acarretar a perda do bem, como a alienação judicial de um bem que estava penhorado. Todavia, o caso mais comum de evicção ocorre devido à falta de titularidade do vendedor no momento da alienação.

aparentemente.<sup>193</sup>

É justamente este problema de falta de legitimidade o grande responsável pela evicção, visto que o alienante, com base em uma relação jurídica anterior, se investe numa titularidade aparente e, com base nela, aliena o bem a um terceiro, porém sem produzir efeitos ao real titular do direito. Embora o contrato seja válido e com eficácia entre as partes, podendo, antes da evicção, o vício jurídico ser sanado pela aquisição da titularidade pelo alienante ou rescindido e acarretar perdas e danos por inadimplemento (CC, art. 475), “falta-lhe, porém, a eficácia diretamente visada, que, como se percebe, implica os efeitos do negócio se projetarem também na esfera jurídica de terceiros”.<sup>194</sup>

Daí decorrem duas possibilidades: uma “simples” aquisição *a non domino*; ou uma aquisição *a non domino* “qualificada”, esta chamada de evicção. Ambas as figuras surgem devido a uma falsa aparência que faz o adquirente acreditar que o alienante seja o titular de um direito sobre o qual ele, em verdade, não tem direito algum. O adquirente, normalmente, fica em situação extremamente delicada porque descobre, depois da aquisição, não ter direito sobre o bem adquirido ou simplesmente sofre a evicção. É preciso, portanto, verificar o tipo de tutela que o ordenamento jurídico confere ao adquirente nos casos de aquisição *a non domino* e de evicção, diferenciando-as.

Para este estudo o que importa saber é se quem adquiriu um bem, com base na aparência ou na falsa titularidade, pode ser considerado seu dono e evitar o pedido reivindicatório de seu verdadeiro titular. Ensina Orlando Gomes que “a segurança do comércio jurídico aconselha a validação de atos praticados por pessoas que não têm verdadeiramente o direito de realizá-los, mas que, devido a certas circunstâncias, apresentam-se, aos olhos de todos, como se fossem os autênticos titulares desse direito”.<sup>195</sup> Com base na segurança jurídica e no princípio da confiança, há uma certa tendência em se proteger aqueles que adquirem com base na aparência, em virtude do anseio social por segurança jurídica e proteção da parte vulnerável. Todavia, não há no ordenamento jurídico uma única solução para os casos de aquisição de bens fundados na aparência, conferindo-se proteção ora

---

<sup>193</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

<sup>194</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. cit. p. 60.

<sup>195</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19<sup>a</sup> ed. Atualização Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.275.

ao terceiro ora ao verdadeiro titular do direito.

O terceiro que, estando de boa-fé, tenha celebrado negócio jurídico acreditando na aparência do direito, normalmente tem o seu direito tutelado, de tal maneira que a aparência acaba prevalecendo sobre a realidade, como por exemplo nos casos de transmissão onerosa de bens hereditários por herdeiro aparente (CC, art.1.817)<sup>196</sup> ou, quando alguém, por simulação, se apresenta como o proprietário de determinado bem sem que verdadeiramente o seja (CC, art. 167)<sup>197</sup>. Ou, ainda, no mandato aparente (CC, art. 689) “no qual os atos do mandatário ajustados com contratantes de boa-fé são válidos e vinculam o mandante enquanto o mandatário ignorar a extinção do mandato”.<sup>198</sup>

Por outro lado, dispõe o art. 1.268 do CC que, no caso de bem móvel, a tradição não aliena a propriedade se feita por quem não seja proprietário. Aqui a proteção é em favor do real titular do direito em detrimento do terceiro de boa-fé. Entretanto, se a coisa for oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, de maneira que o adquirente de boa-fé suponha ser o alienante o proprietário, a proteção passa a ser em favor do adquirente, não mais ao verdadeiro titular. Enquanto no primeiro caso o legislador optou por preservar o direito real de propriedade, considerando a falta de titularidade por quem alienou o bem, no segundo caso optou-se por aplicar à teoria da aparência, “por meio da qual se tutela a legítima confiança do adquirente e a segurança das relações jurídicas, a permitir que a venda *a non domino* produza, com o passar do tempo, os mesmos efeitos que decorreriam da alienação realizadas pelo legítimo titular da coisa”.<sup>199</sup>

A norma prevista no art. 1.268 do CC afasta a evicção dos bens móveis vendidos em leilão, seja judicial ou extrajudicial, e assegura à aquisição da propriedade ao adquirente de boa-fé, diferentemente do que ocorre nas aquisições de bens imóveis, até porque o próprio legislador disciplinou a evicção em hasta pública, conforme art.447 do CC, razão pela qual admite a perda do bem imóvel adquirido nesta modalidade aquisitiva.

Significa isto dizer que uma transferência onerosa de bem imóvel por proprietário aparente, seja por meio de negócio jurídico ou hasta pública, pode

<sup>196</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais. cit.* p. 259/264.

<sup>197</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais. cit.* p.264.

<sup>198</sup> KONDER, Carlos Nelson. *A proteção pela aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) Princípio do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.116/119.

<sup>199</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: Direitos das Coisas, v. 14.* Azevedo. Antônio Junqueira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 451.

resultar em uma aquisição *a non domino* e evoluir para evicção. No caso de o adquirente descobrir que o bem adquirido não era de propriedade do vendedor, o ordenamento lhe disponibiliza o remédio da resolução do negócio com perdas e danos (art. 475 do CC), mas não há, tecnicamente, evicção. Todavia, em certas situações o adquirente ignora a falta de titularidade do vendedor sobre o bem transferido e o perde por ação de terceiro, seu verdadeiro titular, que faz valer o seu direito em face do comprador. No primeiro caso, trata-se de uma aquisição *a non domino* que não resulta na perda da coisa pelo adquirente, mas este, conhecedor do vício de direito, pode antecipar-se e buscar uma solução judicial. Já no segundo caso, o vício de direito causa a perda da coisa em razão de uma ação de terceiro, ou seja, o adquirente sofre, tecnicamente, o fato da evicção.

A evolução da aquisição *a non domino* para evicção quanto aos bens imóveis ocorre porque o adquirente, mesmo de boa-fé, não tem proteção legal para impedir a retomada do imóvel pelo verdadeiro titular, a menos que tenha completado o prazo para aquisição por usucapião (CC, art. 1.242).<sup>200</sup> O art. 1.247 do Código Civil autoriza o cancelamento do registro do título aquisitivo e, conseqüentemente, a retomada do domínio pelo adquirente. Isso ocorre porque no direito brasileiro o registro tem presunção relativa de veracidade, sendo possível o seu cancelamento ou retificação, assegurando-se ao proprietário o direito de reivindicar o imóvel irregularmente retirado de sua titularidade.

Dispõe o art. 1.245 do CC que a propriedade só se transfere mediante o registro do título translático de aquisição na matrícula do imóvel junto ao cartório imobiliário. Enquanto o registro não é feito, o transmitente continua, para todos os efeitos legais, como o dono da coisa. Logo, o registro no direito brasileiro tem natureza constitutiva, sendo indispensável a sua realização para operar a transferência da propriedade imobiliária, tendo em vista que o contrato tem como finalidade precípua criar a obrigação de entrega da coisa, não sendo meio apto a transferir à transferência da propriedade. Busca-se, assim, atribuir segurança jurídica

---

<sup>200</sup> MAURO, Roberta. *A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens*, in *Diálogos sobre Direito Civil*, volume II, Organizadores: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p.57, onde a autora esclarece: “O que o art. 214, §5º admite é que a chamada “usucapião tabular” seja utilizada como matéria de defesa em ação de cancelamento de registro, impedindo que o réu, terceiro adquirente de boa-fé, venha a perder o imóvel caso seja derrotado nesta ação. A praticidade do instituto é imensa, tendo em vista que o registro não necessitará de qualquer retificação: contrariam o princípio da oponibilidade erga omnes e, conseqüentemente, a sequela que acompanharia o direito real do verdadeiro proprietário, a alegação de usucapião como matéria de defesa irá permitir que os direitos do terceiro adquirente de boa-fé não mais sejam atacados, seja pelo real proprietário ou por qualquer outra pessoa”.

ao tráfico imobiliária, que encontra na certidão de ônus reais todas as informações acerca de um determinado imóvel, principalmente a quem o pertence e a existência de ônus, mas essa segurança é relativa e não impede a perda do bem.

Justamente pela situação de vulnerabilidade que fica o adquirente, em razão da possibilidade de vir a perder o imóvel adquirido, o legislador optou por assegurar uma proteção especial (garantia contra evicção), distinta da solução ordinária para os casos de inadimplemento contratual. Se a regra registral no direito brasileiro fosse igual àquela do registro *torrens*<sup>201</sup> disponível para os imóveis rurais, que goza de presunção absoluta de veracidade, a evicção por defeito de titularidade sobre o domínio não teria espaço no âmbito das transmissões de bens imóveis, assim como ocorre no direito alemão<sup>202</sup>, uma vez que feito o registro em nome do adquirente não seria passível o seu cancelamento.<sup>203</sup> Ao verdadeiro titular caberia apenas perdas e danos em face do falso titular.

As consequências jurídicas de ambas hipóteses são próximas, tendo em vista que tanto o art. 475 (aplicável à venda *a non domino*) quanto o art. 450 (aplicável à evicção) preveem a possibilidade de restituição do preço acrescida de perdas e danos. Entretanto, enquanto na aquisição *a non domino* é possível a manutenção do negócio jurídico diante da possibilidade de o bem não ser reivindicado ou de o vendedor obter a sua titularidade transferindo-a ao adquirente, na evicção tais soluções não são possíveis porque a ação do terceiro já ocorreu e acarretou a privação. A evicção é, portanto, situação mais grave, e por isso tem uma regulamentação própria, mas isto será melhor examinado no próximo capítulo.

Além disso, na evicção não se exige inexecução imputável ao vendedor, nem se analisa a sua boa ou má-fé, ao contrário da alienação *a non domino*. O adquirente evicto, ao litigar em face do vendedor, precisa demonstrar apenas que

---

<sup>201</sup> O registro *torrens* só se aplica aos imóveis rurais.

<sup>202</sup> Observa Cario Mário da Silva Pereira: "A inscrição no registro decorre de um *acordo formal de transmissão*, que se erige então em *convenção jurídico-real*, e resulta de declaração de vontade dos interessados, especificamente à inscrição. Uma vez operado o registro, com observância das normas do *direito imobiliário formal*, que estatui rito próprio e somente se efetua em decorrência do ato judicial que escolhe o título de vícios ou defeitos, a inscrição assume o sentido de *negócio jurídico abstrato*, isto é, vale por si mesma, independentemente do *negócio jurídico causal* anterior. Quer dizer: promovido o registro nos livros fundiários, a transcrição se desprende do negócio jurídico subjacente (compra e venda, doação, etc., que deu causa à transmissão), para valer como negócio jurídico translativo da propriedade imóvel". (*Instituições de Direito Civil*, volume IV, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.120-121)

<sup>203</sup> A existência de presunção absoluta de veracidade registral resolveria os problemas relacionados às aquisições de bens imóveis que estivessem devidamente registrados, que acreditamos sejam as mais numerosas, porém deixaria de fora as demais hipóteses, sejam aquelas relacionadas às aquisições de bens móveis cuja regra é a tradição, seja aquelas de bens imóveis ainda sem registro.

sofreu o fato da evicção, sendo possível ainda assegurar o seu direito de regresso nos próprios autos da ação reivindicatória na qual for réu, denunciando à lide o vendedor (CC, art. 456).<sup>204</sup> Na alienação *a non domino* o adquirente deve valer-se de ação de resolução de negócio jurídico e provar o inadimplemento contratual do vendedor ou, sendo possível, exigir-lhe o cumprimento da obrigação contratual, qual seja, à transferência do direito.<sup>205</sup> Pela possibilidade de aquisição superveniente da propriedade pelo alienante, a venda *a non domino* sequer pode ser considerada como negócio nulo ou inexistente, pois o problema é de ineficácia por faltar-lhe o efeito em constituir título hábil à aquisição do domínio pelo adquirente e por não produzir efeitos em face do verdadeiro proprietário. Entretanto, se o vendedor adquire a propriedade após a celebração do contrato com o adquirente, supera-se o vício no direito transmitido sem a necessidade de ratificação do ato jurídico, transmitindo-se, assim, a propriedade ao adquirente.

Diante disso, o intérprete precisa saber diferenciar os dois institutos que têm consequências jurídicas distintas.

## 2.5. Sentença judicial

Embora não haja no Código Civil dispositivo exigindo sentença judicial transitada em julgada para caracterização da evicção, a doutrina tradicional costuma exigi-la.<sup>206</sup> Sustenta-se que só seria possível haver certeza quanto à perda do bem mediante uma decisão judicial definitiva atribuindo o bem em litígio a outrem. Tal exigência se explica pela expressão “meios judiciais” que continha no art. 1.117, I do CC/16, bem como pela relação que era feita da evicção com o desapossamento da coisa, a qual dependia de atuação do poder judiciário. Todavia, não apenas o CC/02 deixou de reproduzir a expressão “meios judiciais”, que sequer podia ser lida como sinônimo de sentença judicial, como a teoria do desapossamento não se aplica mais

<sup>204</sup> O Novo Código de Processo Civil revogou o art. 456 do Código Civil, cuja análise sobre o tema será vista no próximo capítulo.

<sup>205</sup> Os instrumentos conferidos pelo ordenamento jurídico (art.475) nos casos de aquisição *a non domino* são similares àqueles conferidos no caso de arras confirmatórias (art.418/419) permitindo ao adquirente, diante da inadimplência do vendedor, exigir o cumprimento do contrato ou resolvê-lo mediante a restituição do preço pago (no caso das arras em dobro) mais perdas e danos. Na evicção, devido a perda sofrida, o adquirente não tem como exigir o cumprimento do contrato, pois é a conduta de um terceiro que acarreta a perda do direito, razão pela qual apenas lhe cabe exigir a restituição do preço mais perdas e danos.

<sup>206</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. III. *cit*, p.135; RORIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2000, 27ª ed., p. 113.

ao instituto da evicção como acontecia em Roma.<sup>207</sup> Atualmente, para ocorrer a evicção basta “a redução ou a extinção do direito transmitido ao adquirente em razão de melhor direito de terceiro”<sup>208</sup>, que pode ser meio judicial, independente de trânsito em julgado<sup>209</sup>, ou ato administrativo.

A jurisprudência<sup>210</sup> e a doutrina contemporânea<sup>211</sup> vêm admitindo a

<sup>207</sup> Pontes de Miranda é um dos que defendem a desnecessidade de desapossamento material da coisa, sendo suficiente, por exemplo, a existência de uma sentença declaratória para caracterizar a evicção. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.275).

<sup>208</sup> COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos: fundamento, natureza e estrutura*. cit, p 44.

<sup>209</sup> O STJ já enfrentou a questão e entendeu pela desnecessidade de sentença judicial trânsito em julgado, como se vê do REsp 1.332.112-GO, com a seguinte ementa: “PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXERCÍCIO DOS DIREITOS ADVINDOS DA EVICÇÃO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. DESNECESSIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. Não ocorre violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes. 2. A evicção consiste na perda parcial ou integral do bem, via de regra, em virtude de decisão judicial que atribui o uso, a posse ou a propriedade a outrem, em decorrência de motivo jurídico anterior ao contrato de aquisição, podendo ocorrer, ainda, em virtude de ato administrativo do qual também decorra a privação da coisa. Precedentes. 3. A perda do bem por vício anterior ao negócio jurídico oneroso é fator determinante da evicção, tanto que há situações em que, a despeito da existência de decisão judicial ou de seu trânsito em julgado, os efeitos advindos da privação do bem se consumam, desde que, por óbvio, haja a efetiva ou iminente perda da posse ou da propriedade, e não uma mera cogitação da perda ou limitação desse direito. 4. O trânsito em julgado da decisão que atribui a outrem a posse ou a propriedade da coisa confere o respaldo ideal para o exercício do direito oriundo da evicção. Todavia, o aplicador do direito não pode ignorar a realidade hodierna do trâmite processual nos tribunais que, muitas vezes, faz com que o processo permaneça ativo por longos anos, ocasionando prejuízos consideráveis advindos da constrição imediata dos bens do evicto, que aguarda, impotente, o trânsito em julgado da decisão que já há muito assegurava-lhe o direito. 5. No caso dos autos, notadamente, houve decisão declaratória da ineficácia das alienações dos imóveis litigiosos - assim como seu arresto - em virtude do reconhecimento de fraude nos autos da execução fiscal movida pelo Estado de Goiás contra a empresa Onogás S/A, que transferiu os referidos bens à recorrente, sendo certo que, em consulta ao sítio do Tribunal a quo, verificou-se a improcedência dos embargos à execução fiscal em 14/12/2012, em processo que tramita desde 1998. 6. Dessarte, a despeito de não ter ainda ocorrido o trânsito em julgado da decisão prolatada na execução fiscal, que tornou ineficaz a alienação dos bens imóveis objeto do presente recurso, as circunstâncias fáticas e jurídicas acenam para o robusto direito do adquirente, mormente ante a determinação de arresto, medida que pode implicar no desapossamento dos bens e que promove sua imediata afetação ao procedimento executivo futuro. 7. O exercício do direito oriundo da evicção independe da denúncia da lide ao alienante na ação em que terceiro reivindica a coisa, sendo certo que tal omissão apenas acarretará para o réu a perda da pretensão regressiva, privando-lhe da imediata obtenção do título executivo contra o obrigado regressivamente, restando-lhe, ainda, o ajuizamento de demanda autônoma. Ademais, no caso, o adquirente não integrou a relação jurídico-processual que culminou na decisão de ineficácia da alienação, haja vista se tratar de executivo fiscal, razão pela qual não houve o descumprimento da cláusula contratual que previu o chamamento da recorrente ao processo. 8. Recurso especial não provido” (REsp n. 1.332.112/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma do STJ, j. 21.03.2013).

<sup>210</sup> Ementa: “CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EVICÇÃO - APREENSÃO DE VEÍCULO POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA SENTENÇA JUDICIAL - RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR, INDEPENDENTEMENTE DA BOA-FÉ - ART. 1.107, DO CC DE 1916 – DISSÍDIO PRETORIANO EXISTENTE E COMPROVADO. 2 - A evicção é uma forma de garantia, um elemento natural dos contratos onerosos, que se apresenta onde haja obrigação de transferir o domínio, posse ou uso de uma determinada coisa. Como consequência, ao alienante cabe

ocorrência de evicção por meio de ato administrativo, independentemente de pronunciamento judicial. A título de exemplo pode ser citado o caso de apreensão de automóvel furtado por autoridade pública ou decreto de desapropriação anterior à transmissão da propriedade, quando desconhecido pelo adquirente. O importante é que a privação, seja ela judicial ou por autoridade administrativa, tenha um caráter definitivo, pois não é qualquer apreensão que faz nascer a garantia. É preciso que a privação torne o bem irrecuperável<sup>212</sup>, do contrário não se pode falar em evicção.

No que tange aos bens imóveis, por sua natureza, dificilmente existirão casos de evicção decorrentes de atos por autoridade administrativa, mas isto não significa que toda e qualquer hipótese esteja afastada. Pense-se, por exemplo, no decreto de desapropriação publicado anteriormente à venda de um bem pelo então proprietário ao comprador, que é acionado judicialmente em razão da desapropriação ocorrida antes da compra. Essa é uma hipótese de evicção praticada por ato administrativo que pode ou não fazer nascer a garantia em seu favor se o valor recebido pelo adquirente, pela desapropriação, for inferior àquele pago pela aquisição. Neste caso, o evicto tem direito a buscar eventual diferença para recuperar o preço pago pelo bem e demais verbas indenizatórias, se cabíveis.

Por fim, é importante registrar que os procedimentos judiciais conservativos, tais como: sequestros; arrestos; penhoras; indisponibilidades ou bloqueios judiciais, não têm o condão de acarretar à evicção, por serem provisórios e não resultarem em privação definitiva do direito. Todavia, nada impede que estas situações evoluam para atos expropriatórios, gerando uma perda definitiva, e, conseqüentemente, a evicção.

## 2.6. Denúnciação da Lide

Uma questão bastante controversa, especialmente entre os civilistas e os

---

resguardar o adquirente dos riscos por ela produzidos, a não ser que estipulem expressamente em sentido contrário, ou seja, pela dispensa da garantia. Tal responsabilidade, independe da boa-fé ou não do vendedor, sendo, no silêncio das partes, subentendida. Inteligência do art. 1.107, do Código Civil de 1916. 2 - Outrossim, na esteira de precedentes desta Corte (cf. RESP nºs 19.391/SP e 129.427/MG) "para exercício do direito que da evicção resulta ao adquirente, não é exigível prévia sentença judicial, bastando que fique ele privado do bem por ato de autoridade administrativa" (REsp n. 259726, Min. Rel. Jorge Scartezini, 4ª Turma do STJ, julg. 03/08/2004).

<sup>211</sup> Afirma Marco Aurélio Bezerra de Melo "Evicção é a perda da coisa por decisão judicial ou administrativa que importe em legítimo reconhecimento de que o bem transferido pertencia a outra pessoa distinta do transferidor e, por via de consequência, não pode ser titularizado pelo adquirente (O Novo Código Civil anotado, vol. III, tomo I. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p. 60)

<sup>212</sup> Há acórdão do STJ dispensando o trânsito em julgado da sentença para o devido exercício do direito pelo evicto, v. REsp 1.332.112/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.03.2013).

processualista, diz respeito a obrigatoriedade ou não de denunciação da lide pelo evicto para ter direito a garantia.

Parte da doutrina entende que a falta de notificação acarreta a perda da garantia, uma vez que o legislador atribuiu, expressamente, esse ônus ao evicto nos artigos 456 do CC e 70 do CPC.<sup>213</sup> Sustenta-se de outro lado que o adquirente não pode ficar privado da ação de indenização, por ser esta uma consequência imediata da inexecução dos contratos.<sup>214</sup> No que pese o disposto no art. 456 do CC e 70 do CPC, a regra ali prevista não tem o condão de afastar a garantia caso o evicto deixe de denunciar o alienante ou seus antecessores, pois a norma visa facilitar e possibilitar ao evicto uma reação rápida para assegurar o seu direito de regresso, economizando-se assim o tempo que perderia com o ajuizamento de uma nova ação judicial para o exercício da garantia. A norma visa ajudar e facilitar o evicto, em hipótese alguma prejudicá-lo ou puni-lo.<sup>215</sup>

Aliás, vale lembrar que o art. 456 do CC modificou a redação original (CC/16, art. 1.116) e o adquirente evicto pode convocar para o processo qualquer um dos alienantes da cadeia de transmissão que tenha responsabilidade pela evicção. Ou seja, pode o evicto cobrar a sua indenização diretamente do responsável, sem a necessidade de exercer o seu direito contra quem lhe transmitiu. Sabendo que o vício se originou do alienante anterior a quem lhe transmitiu o direito, pode dirigir-se diretamente contra aquele que não tinha o direito que fora transferido, mesmo sem nunca ter com ele estabelecido qualquer relação jurídica, sendo esta mais uma medida facilitadora para permitir ao evicto buscar a sua indenização.

Mas há uma importantíssima ressalva a essas duas questões recém abordadas. A primeira é que o art. 456, que sem dúvida nenhuma foi um grande avanço e corrigiu uma falha do CC/16 e do CPC, eis que permitiu a chamada denunciação da lide por saltos, será revogado pelo art. 1.072, II do NCPC, motivo pelo qual está com os seus dias contados. A retirada da denunciação da lide por saltos é, sem dúvida, um grande retrocesso por subtrair uma medida eficaz e que visa facilitar a reparação devida ao evicto, com a qual a jurisprudência já estava

<sup>213</sup> Neste sentido destacam-se: Clovis Bevilacqua. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. XV, n. 3, p.407; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*, vol. III, n. 210, p. 14; Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*, vol V, p.63; Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 3, n. 5, nota 165, p. 114-115.

<sup>214</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol XII, 13 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988 p. 407. LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*, vol. III, 6ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996, p. 194

<sup>215</sup> LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 292.

habituada.<sup>216</sup>

A segunda observação, desta vez positiva, é que o § 1º do art. 125 do NCPC suprimiu a expressão “obrigatória” da denúncia da lide no caso de evicção, tornando-a facultativa<sup>217</sup>, tanto é que prevê, expressamente, a possibilidade de o direito de regresso ser exercido por ação autônoma quando a denúncia da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida. O novo dispositivo encerra, portanto, a divergência em torno da obrigatoriedade da denúncia da lide no caso de evicção. A expressão “não for permitida” prevista na parte final do § 1º é utilizada porque o §2º, embora admita a denúncia da lide sucessiva, a limita a uma única vez. Ou seja, só é possível o denunciado denunciar o seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo. Logo, o denunciado sucessivo não pode promover nova denúncia, de modo que, eventual direito de regresso, deverá ser buscado por ação autônoma.

Uma última alteração sobre a denúncia da lide em matéria de evicção é àquela constante do art. 128, II do NCPC, que reproduz a parte final do revogado parágrafo único do art. 456 do CC, cessando com isso o conflito que existia entre este dispositivo e o art. 75, II do CPC.

Consta do art. 75, II do CPC que no caso de revelia do denunciado ou seu comparecimento apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, deve o

<sup>216</sup> EMENTA: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - DIREITO DE EVICÇÃO - IMÓVEL - DENÚNCIAÇÃO À LIDE *PER SALTUM* - ADMISSIBILIDADE - LEGITIMIDADE DE TODOS OS COMPRADORES E ALIENANTES NO POLO PASSIVO DA AÇÃO ORDINÁRIA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. - A garantia da evicção será concedida pela totalidade de transmitentes que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa não só em face de quem lhes adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos, possibilitando a denúncia no primeiro caso e *per saltum* no segundo, admitida sua cumulação em cadeia de alienação de imóvel. 2. - Além dos agravantes, os demais compradores e alienantes do imóvel objeto da ação ordinária devem permanecer no polo passivo da ação ordinária ajuizada pelos agravantes contra a Imobiliária Gava Empreendimentos Imobiliários Ltda.-ME., Jaerce Garcia da Silva, Joselito de Souza, Leônidas Grassi Gava, Benedito Nascimento Conceição de Almeida e Luciano Estelita Gomes.3. - Recurso conhecido e provido. (Agravo de Instrumento n. 30129000920, Rel. FABIO CLEM DE OLIVEIRA, 1ª CC do TJ/ES, julg. em 19/02/2013, Publ. DJ. 01/03/2013); EMENTA: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EVICÇÃO - DENÚNCIAÇÃO DA LIDE POR SUCESSIVIDADE OU POR SALTO - POSSIBILIDADE - ART. 456 DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 70, INCISO I E ART. 73 DO CPC. A garantia da evicção será concedida pela totalidade de transmitentes que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa não só em face de quem lhes adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos, possibilitando a denúncia sucessiva no primeiro caso e *per saltum* no segundo, admitida sua cumulação em cadeia de alienação de veículo composta de no mínimo três pessoas”. (Agravo Interno n. 1.0702.08.457470-7/001, 13ª CC do TJ/MG, Rel. Cláudia Maia, julg. em 02.04.2009. Publ. DJ. 18.05.2009).

<sup>217</sup> Art. 125. É admissível a denúncia da lide, promovida por qualquer das partes: I- ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos da evicção lhe resultam;

denunciante prosseguir na defesa até o final. Já o art. 456 do CC prevê que “não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos”. Como se vê, o art. 456 do CC estabelece regra oposta ao art. 75, II, do CPC. E aqui se tem mais uma demonstração da necessidade de uma interpretação sistemática, considerando o ordenamento como um conjunto unitário de normas e em constante diálogo, pois só assim é possível solucionar esse tipo de situação aparentemente conflituosa. Atualmente, estando as duas normas em vigor, resolve-se o conflito aparente aplicando a regra do art. 456 do CC aos casos de evicção e o art. 75, II, do CPC aos demais casos de denúncia da lide, por meio de solução bastante semelhante àquela do uso da arbitragem em relação de consumo.<sup>218</sup>

Todavia, com a nova redação do art. 128, II, do NCPC se encerra em definitivo o aparente conflito e às opiniões divergentes sobre o tema, pois passa a prevalecer regra igual àquela do revogado art. 456 do CC para todos os casos de denúncia da lide. De acordo com o novo dispositivo processual, se o denunciando for revel, o denunciante pode deixar de prosseguir com sua defesa, eventualmente oferecida, e abster-se de recorrer, restringindo sua atuação à ação regressiva. Essa norma, por estar agora inserida na Lei Processual, deixa de ser exclusiva para o caso de evicção e passa a valer para todos os casos de denúncia da lide previstas no art. 125 do NCPC.

## **2.7. A exclusão da garantia: aplicação do art. 448 à hasta pública**

Para Caio Mário da Silva Pereira, a evicção decorre de uma garantia imposta pela lei, não se exigindo previsão contratual para sua incidência.<sup>219</sup> Mas as partes envolvidas na relação contratual podem, nos termos do art. 448 do CC, reforçar, diminuir ou excluir a proteção legal, prevalecendo, assim, a autonomia privada dos contratantes. O art. 448 do CC, portanto, assegura à autonomia privada das partes no ajuste de seus interesses. Essa autonomia, entretanto, sofre limites impostos pela própria lei que exige previsão expressa de exclusão da garantia, e ainda assim, assegura ao adquirente à restituição do preço (art. 449, CC), a fim de impedir a violação de outras normas e princípios, por exemplo a que veda o enriquecimento sem causa (art. 884, CC).

---

<sup>218</sup> V. nota 54.

<sup>219</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III, *cit*, p.135.

Portanto, mesmo que as partes declarem expressamente no regulamento de interesses a exclusão da responsabilidade, o adquirente terá direito à restituição do preço pago pela aquisição do bem. A exclusão, portanto, só pode ocorrer em relação à verba indenizatória, custas, despesas e honorários advocatícios (CC, art.450 I a III e art. 453). A exclusão total da garantia, incluindo a restituição do preço, certamente violaria o princípio que veda o enriquecimento sem causa (CC, art. 884). Por isso, parece ter sido acertada a opção legislativa de assegurar a restituição do preço no caso de exclusão da garantia. Entretanto, se constar cláusula expressa somada ao seu conhecimento do risco, o alienante fica isento de toda e qualquer responsabilidade. Uma terceira possibilidade que não acarreta a exclusão total da garantia, e conseqüentemente assegura o recebimento do preço pago, ocorre quando há cláusula expressa de exclusão e o adquirente, informado do risco de evicção, não o assume. Washington de Barros Monteiro<sup>220</sup> apresenta uma “fórmula” que facilita a compreensão das três possibilidades, assim apresentada pelo autor:

- a) Cláusula expressa de exclusão da garantia + conhecimento do risco da evicção pelo evicto = isenção de toda e qualquer responsabilidade por parte do alienante.
- b) Cláusula expressa de exclusão da garantia – ciência específica desse risco por parte do adquirente = responsabilidade do alienante apenas pelo preço pago pelo adquirente pela coisa evicta.
- c) Cláusula expressa de exclusão da garantia, sem que o adquirente haja assumido o risco da evicção de que foi informado = direito de reaver o preço que desembolsou.

É possível, portanto, ocorrer o fato da evicção, mas não ter o evicto direito à garantia se constar cláusula expressa de exclusão e conhecimento que a coisa era alheia ou litigiosa. Nesse caso, a posição do adquirente seria a mesma daquela decorrente de um contrato aleatório, onde o risco é inerente ao negócio e eventual perda não gera direito à indenização.<sup>221</sup>

<sup>220</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*, 2ª Parte. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 1973. P. 63.

<sup>221</sup> “Para que a evicção não gere efeito nenhum, exonerando o alienante inclusive da restituição da quantia paga pelo evicto, é necessário não apenas excluir expressamente a garantia da evicção, mas, ainda, é necessário também que, além da cláusula de exclusão, o adquirente tenha ciência do risco e o tenha assumido – como é o caso de quem adquire coisa que sabe litigiosa (art.457). Neste caso, o respectivo contrato converte-se em contrato aleatório” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar. v. II, 2011, p. 77)

Entretanto, não se pode confundir a exclusão da garantia pelo exercício da autonomia privada, prevista no art. 449 do CC, com a exclusão legal prevista no art. 457 do CC. No primeiro caso, é necessário existir cláusula expressa para operar a exclusão da garantia, e dependendo do que for convencionado pelas partes, aplicar-se-á umas das três possibilidades acima referidas. No segundo caso, a exclusão ocorre independentemente de cláusula expressa e quando esta não estiver presente no regulamento de interesses, eis que, quando presente, incidirá uma das três opções da “fórmula” acima. Portanto, não havendo cláusula expressa de exclusão, aplica-se o disposto no art. 457 do CC. Ou seja, se o adquirente sabia que a coisa era alheia ou litigiosa, e mesmo assim a adquiriu, fica o alienante isento de toda e qualquer responsabilidade, inclusive a de devolver o preço, pois assumiu o risco de sofrer evicção.

No que tange à arrematação, tais dispositivos são perfeitamente aplicáveis. Constando no edital de praça a exclusão da garantia, o arrematante teria direito apenas à restituição do preço. Tal regra é perfeitamente aplicável, visto que a informação quanto à exclusão da garantia é divulgada antes da realização da hasta pública e o arrematante não pode alegar desconhecimento das condições da licitação para aquisição do bem.

Por outro lado, se o edital informa a existência de litígio ou direito de outrem sobre a coisa submetido à hasta pública, como por exemplo a existência de um usufruto, também é perfeitamente aplicável à exclusão da garantia nos termos do art. 457 do CC, sendo certo que qualquer tentativa do arrematante de reaver o preço pago ou obter a garantia configuraria *venire contra factum proprium*<sup>222</sup> ou, como o STJ já decidiu, ausência de boa-fé.<sup>223</sup>

## **2.8. Função da garantia justifica a incidência da garantia nas vendas judiciais decorrentes de processo executivo**

Como já mencionado em diversas oportunidades ao longo deste estudo, a

<sup>222</sup> Por todos v. SCHREIBER, Anderson. A proibição do Comportamento Contraditório. Tutela de Confiança e Venire Contra Factum Proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

<sup>223</sup> REsp 1.293.147-GO: “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EVICÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO. ART. 457 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. INDENIZAÇÃO AFASTADA. 1. Reconhecida a má-fé do arrematante no momento da aquisição do imóvel, não pode ele, sob o argumento de ocorrência de evicção, propor a ação de indenização com base no art. 70, I, do CPC, para reaver do alienante os valores gastos com a aquisição do bem. Para a configuração da evicção e consequente extensão de seus efeitos, exige-se a boa-fé do adquirente. 2. Recurso especial conhecido e provido.

função é o aspecto de maior relevância para investigação do fato jurídico<sup>224</sup>. Portanto, é fundamental verificar “*para que serve*” a garantia por evicção, ou seja, qual a função que ela exerce no ordenamento jurídico.

A garantia por evicção é um instituto jurídico com claro viés protetivo para recompor o patrimônio do adquirente que é desfalcado com a perda do direito que adquiriu onerosamente. O direito deve ser transferido de forma livre e desembaraçada, sendo verdadeiramente útil para o fim proposto<sup>225</sup>. Quando as partes firmam um contrato ou o poder judiciário aliena um bem, cria-se uma expectativa no adquirente não apenas de que o bem lhe seja transferido e que permaneça em sua titularidade, mas também de que o seu uso seja manso e pacífico. Se isto não ocorre, porque alguém invoca um título anterior que causa a perda do bem adquirido, parcial ou totalmente, surge para o adquirente (evicto) uma modalidade especial de garantia, cujas consequências lhe são mais benéficas do que se buscasse o regramento comum para o caso de inadimplemento. E isso ocorre para reestabelecer o equilíbrio da relação jurídica que é gravemente afetada pela perda sofrida.

Pode-se então afirmar que o ponto central da evicção é a correção do desequilíbrio econômico causado pela diminuição quantitativa na utilidade que o negócio jurídico deveria acrescer à esfera patrimonial do evicto<sup>226</sup>. Quando um imóvel é arrematado judicialmente, a utilidade buscada é adquiri-lo, em definitivo, livre e desembaraçado. A ocorrência do fato da evicção causa uma diminuição na esfera patrimonial do comprador que fica sem o bem e o dinheiro, sendo necessário, portanto, não apenas reestabelecer o patrimônio do evicto como também indenizá-lo pelas perdas e danos sofridos. E a garantia permite corrigir esse desequilíbrio econômico provocado pela evicção para reestabelecer a esfera patrimonial do arrematante. Por essa razão, pode-se concluir que a garantia tem dupla função: a proteção do adquirente e a recomposição do equilíbrio econômico, independentemente se a aquisição é feita por meio de um contrato ou hasta pública.

Com efeito, não parecem corretas as opiniões que tentam excluir a garantia contra evicção aos bens adquiridos em hasta pública. Curiosamente, mesmo os

---

<sup>224</sup> Sobre a importância do aspecto funcional remetemos o leitor ao item 1.4.

<sup>225</sup> Embora seja mais comum a ocorrência do fato da evicção nos casos de perda da propriedade ou da posse, ela pode ocorrer sobre qualquer direito que seja objeto de contrato oneroso, como por exemplo o direito autoral. No caso de bem imóvel, a evicção pode ocorrer sobre o domínio, a posse, o uso, o gozo ou ao poder de disposição.

<sup>226</sup> Enio Russo *Evizione e Garanzia*, cit, p. 53 e s.

autores que não admitem à incidência do instituto, acabam reconhecendo o direito do arrematante de reaver aquilo que havia sido pago, normalmente com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa.<sup>227</sup>

Admitem, portanto, que há uma diminuição na esfera patrimonial do evicto que precisa ser reestabelecida para recompor o equilíbrio da relação jurídica, mas negam a garantia apenas sob o fundamento de que não é um contrato. Parte da doutrina contemporânea vem combatendo este entendimento e como consequência defendendo o uso da garantia por evicção em hasta pública, como se vê das lições de Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>228</sup>, Araken de Assis<sup>229</sup>, Carlos Roberto Gonçalves<sup>230</sup>, entre outros. O STJ, por meio do Recurso Especial 121.7597/PR, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, também já consignou entendimento no sentido de estender à garantia aos bens adquiridos em hasta pública.<sup>231</sup>

Logo, ainda que implicitamente, tanto a doutrina contrária quanto a doutrina favorável à incidência do instituto na venda forçada, acabam admitindo o viés protetivo do instituto e a necessidade de permitir que àquele que perdeu o bem por evicção possa corrigir o desequilíbrio econômico causado pela perda do bem, reestabelecendo-se, assim, o patrimônio do evicto.

Por tudo que foi visto e examinado ao longo dos últimos dois capítulos, pode-se afirmar que o instituto da evicção é plenamente compatível com as aquisições realizadas em hasta pública, especialmente sob uma perspectiva funcional de

<sup>227</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1968, p. 124: "Embora não se possa falar de garantia da evicção propriamente dita, porque o executado não vendeu, é inegável o direito do arrematante de reaver o que pagou sem causa. Quem se enriqueceu indevidamente com o pagamento é o executado, que se livrou das dívidas à custa de bens alheios; ele é obrigado, pois a indenizar o arrematante".

<sup>228</sup> BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Novo Código Civil anotado*, vol. III, tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 60. Diz o autor: "o artigo consolida posição doutrinária no sentido de estender a evicção à pessoa que adquire por arrematação judicial em processo de execução. Desta forma, é assegurado ao arrematante que se veja na iminência de ser privado da coisa em decorrência da evicção que exija judicialmente a garantia dos credores que deverão restituir ao evicto o valor que pagou pelo bem, pois, afinal de contas, foram eles que levaram o bem à hasta pública e, assim, acabaram por assumir objetivamente o risco por eventual evicção da coisa".

<sup>229</sup> ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. São Paulo: RT, 8ª ed., 2002, p. 742.

<sup>230</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 3, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148-149.

<sup>231</sup> Vale destacar do referido julgado o seguinte trecho: tanto a doutrina como a jurisprudência já consideravam, ainda na vigência do CC/16, a possibilidade de atribuir responsabilidade por evicção sobre bem arrematado e posteriormente alienado; e o art. 447 do CC/02 confirma essa possibilidade expressamente, ao dispor que subiste a garantia ainda que aquisição onerosa se tenha realizado em hasta pública. Afinal, conforme consignei no REsp 1.237.03/MG, 3ª Turma, DJe de 13.05201, "o Poder Judiciário tem de fornecer meios par dar às partes a necessária segurança jurídica para aquisição de bens arrematados em hasta". O fundamento do recebimento do valor que foi pago pelo recorrido na arrematação anulada decorre, assim, da garantia de evicção e da boa-fé do recorrido quando da aquisição em hasta pública.

ambos institutos (hasta pública e evicção), motivo pelo qual o ordenamento jurídico deve dar proteção ao arrematante quando este perde a propriedade por evicção. Todavia, como não há previsão legislativa indicando o responsável pela garantia, tentar-se-á no próximo capítulo estabelecer alguns critérios para apuração do responsável entre aqueles possíveis, quais sejam: exequente/credores; executado/proprietário do bem arrematado em hasta pública; e o Estado na qualidade de responsável e condutor do procedimento executivo que fulmina na realização da hasta pública.

## **CAPÍTULO III – A responsabilidade pela garantia contra evicção em hasta pública**

### **3.1. A controversa possibilidade de resolução do contrato por evicção**

Pelo estudo feito até aqui é possível concluir que a evicção se caracteriza como a privação de um direito que o evicto imaginou ter adquirido, por meio de um negócio jurídico oneroso ou hasta pública, em razão de uma atuação ou medida bem-sucedida de um terceiro que detinha um direito preexistente sobre o bem. Verificou-se, também, que antes da privação o adquirente tem a seu favor todo o arcabouço normativo disponibilizado pelo Código Civil para os casos de inadimplemento contratual, tais como: resolução do negócio; exceção de contrato não cumprido; cumprimento forçado do contrato; indenização por prejuízos sofridos etc.

Entretanto, com a privação este arcabouço normativo é substituído por uma série de medidas específicas que têm por função facilitar o restabelecimento do equilíbrio econômico severamente abalado com a perda, parcial ou total, do direito. Tais medidas estão disciplinadas nos arts. 450 e 453 do CC, assim previstas: i) a restituição do preço pago pela aquisição do bem (valor à época em que se evenceu a coisa); ii) indenização dos frutos que o adquirente tiver sido obrigado a restituir; iii) despesas havidas com o contrato, prejuízos diretos resultantes da evicção, iv) custas judiciais e honorários de advogado; v) indenização por benfeitorias não abonadas.

É interessante notar que sendo a evicção parcial, porém considerável, o legislador prevê (CC, art. 455) a possibilidade de o adquirente optar, a sua livre escolha, pela resolução do negócio ou restituição do preço correspondente aquilo que perdeu. Se, todavia, a evicção não for considerável, terá apenas direito à indenização, perdendo a possibilidade de desfazer o negócio. Embora não haja uma definição sobre o que é “evicção considerável”, pode-se considerá-la como sendo a falta de utilidade para o fim a que se projetou à destinação da coisa adquirida. Pense-se, por exemplo, na aquisição de uma área rural cuja perda ocorre justamente na sua parte produtiva. Aqui, embora parcial, a evicção é considerável e autoriza o evicto buscar a resolução do negócio na forma do art. 455 do CC.

Diante da possibilidade de resolução na evicção parcial, há quem defenda o seu cabimento também no caso de evicção total com aplicação por analogia do art. 455 c/c 475 do Código Civil. O evicto, na evicção parcial ou total, passaria a ter a

seu favor o remédio da resolução do negócio ou o seu cumprimento coato.<sup>232</sup>

Ocorre que, com o advento da evicção, a pretensão de cumprimento coato específico (com a finalidade de manter o bem sob o domínio do evicto) é, sem dúvida, medida inapropriada, pois a perda do direito é provocada por ação de terceiro e não se pode exigir do alienante o cumprimento de uma prestação impossível. Em verdade, o cumprimento da obrigação chega a ocorrer, já que o direito ingressa no patrimônio do evicto, mas este o perde posteriormente pela atuação de terceiro que tem direito melhor que o seu.

Sustenta-se então que o cumprimento coato pode se dar de forma indireta (mediante equivalente) e não haveria impedimento para que esta modalidade fosse aplicada à evicção. Ou seja, nessa linha de raciocínio o evicto teria direito a optar pela resolução do negócio ou pelo cumprimento coato indireto (CC, art. 475), cuja diferença residiria no fato de o primeiro “extinguir o contrato fazendo ambas as partes jus à repetição do que tiverem adimplido em cumprimento de suas prestações”, enquanto no segundo caso o “contrato permanece existindo e o inadimplente fazendo jus à contraprestação que recebeu – que portanto não será restituída –, embora sujeito ao cumprimento de sua própria prestação”.<sup>233</sup>

Ocorre que, embora as duas hipóteses acarretem direito à indenização em favor da parte inocente, as formas de reparação seriam distintas<sup>234</sup>. No cumprimento coato, a indenização seria determinada de acordo com interesses positivos, ou seja, aquilo que o lesado *ganharia ou deixaria de perder com o cumprimento exato do contrato*, por exemplo, as despesas para obter o cumprimento coato, os prejuízos havidos durante o período em que o contrato não foi cumprido, danos decorrentes do não cumprimento em forma específica etc. (consequência do cumprimento coato na forma indireta). Gisele Sampaio da Cruz Guedes ensina que o interesse positivo “é o que resulta, para o credor, do cumprimento exato do contrato” e “a indenização do interesse positivo destina-se, então, a colocar o lesado na mesma situação em

<sup>232</sup> LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. cit, p. 90/92.

<sup>233</sup> LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. cit, p. 92.

<sup>234</sup> “O art. 475 estabelece que, em qualquer dos casos – pedido de resolução ou pedido de cumprimento do contrato -, cabe indenização por perdas e danos. Não há dúvida, pois, que a cláusula resolutiva legal dá lugar, cumulativamente, à reparação por perdas e danos, qualquer que seja o efeito pretendido. (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. *Código Civil Interpretado de acordo com a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.122)

que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido da maneira correta”.<sup>235</sup> Em outras palavras: seria a “vantagem proveniente do contrato, na mais valia que aproveita o contratante”.<sup>236</sup>

Já no caso de resolução do negócio, a indenização seria determinada de acordo com interesses negativos, ou seja, aquilo que o adquirente *ganharia ou deixaria de perder se não tivesse celebrado o contrato rescindindo*, por exemplo as despesas com o contrato e com a coisa e a perda da chance de contratar com outrem<sup>237</sup>. Aqui, mais uma vez, são precisas as lições de Gisele Sampaio da Cruz Guedes para quem o interesse negativo “tem por escopo conduzir o credor àquela situação em que se encontraria se não tivesse celebrado o contrato, ou iniciado as negociações que vieram a se frustrar injustamente”.<sup>238</sup>

Diante disso, defende Clarisse Frechiani Leite que por ser a evicção um descumprimento contratual e por existir previsão de resolver o contrato na modalidade de evicção parcial (CC, art. 455), seria possível, na evicção total, optar pela resolução do contrato ou seu cumprimento coato porque o regramento da evicção permite à cumulação de interesses positivos e negativos, que geralmente não é admitida nos casos de inadimplemento<sup>239</sup>, onde cabe ao credor optar por um ou outro sistema (resolução acrescido de interesses negativos ou cumprimento coato acrescido de interesses positivos).<sup>240</sup>

<sup>235</sup> GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 126.

<sup>236</sup> ASSIS, Araken de. Dano positivo e negativo na dissolução do contrato. *Revista do Advogado*, n. 44/20-23, São Paulo, out/1994, p. 21.

<sup>237</sup> LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. *cit*, p.92/93.

<sup>238</sup> GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. *cit*, p. 127

<sup>239</sup> Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior a indenização atrelada à resolução do contrato por incumprimento pode ser formada ou pelo interesse negativo ou pelo positivo (Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução, p.268/268).

<sup>240</sup> Confira-se, pois, as lições de Gisela Sampaio da Cruz Guedes: “(...) o inadimplemento do devedor abre para o credor inúmeras possibilidades. Tanto pode o credor pleitear a execução específica da obrigação, quanto a própria resolução do contrato, sendo que em ambos os casos terá direito a perdas e danos, embora o dano a ressarcir não seja o mesmo nessas duas hipóteses. Se optar pela execução específica da obrigação – caso em que ainda tem o credor interesse no objeto da prestação -, a partir do momento em que a obrigação é cumprida, o dano a ressarcir reduz-se ao atraso no cumprimento e eventuais despesas com cobrança; ao passo que, se preferi o remédio resolutório, o dano a ressarcir, em regra, deverá abarcar todo o interesse negativo do credor, mas já não o positivo. A indenização pelo interesse positivo só é devida quando, ao invés de pleitear a execução específica da obrigação, ou se essa naufraga, o credor se contenta com as perdas e danos, prestação subsidiária à principal, sem resolver o contrato. Em princípio, a resolução não enseja, portanto, indenização por interesse positivo. Seria, de certa forma, até meio incongruente pleitear o credor a extinção do contrato coma volta ao *status quo anterior*” (*Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. *cit*, p. 139). Confira-se, também, interessante trecho do voto do Relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior no REsp 403.037-SP: “(...) Tenho

A garantia realmente ampliou o leque de opções do evicto, concedendo-lhe a cumulação de interesses positivos e negativos para recuperação do preço da aquisição e de indenização por perdas e danos, mas isto não quer dizer que no caso de evicção total seja aplicável à resolução do contrato ou seu cumprimento coato (CC, art. 455 c/c 475)

Essas medidas são incompatíveis com a evicção total, que representa a perda, definitiva, de um direito, sem qualquer possibilidade de o vício ser corrigido. Ao prever as consequências da evicção, o legislador optou por resolver o problema por via exclusivamente indenizatória, sendo desnecessário e desaconselhável recorrer à outras normas, desenhadas para uma situação distinta, onde, inclusive, se perquire, em princípio, conduta culposa ou imputável do devedor, o que não ocorre com a evicção.

O fato de a evicção enquadrar-se como inexecução contratual não significa que as regras de inadimplemento sejam integralmente aplicáveis, especialmente quando há um regramento especial e próprio como é o caso da evicção. Esta estrutura normativa é suficiente para solucionar os casos de evicção, sendo desnecessário, portanto, buscar outras regras no ordenamento jurídico. A analogia só deve ser buscada quando faltam normas no direito positivo para solucionar determinadas situações, como por exemplo ocorre com a venda forçada, mas não

---

que a orientação seguida pelos paradigmas é a única que está de acordo com a lei, que realmente indeniza o promissário comprador da inadimplência do promitente vendedor. Na economia daquele contrato, o desfazimento do negócio pela vontade do vendedor, o prejuízo sofrido pelo comprador consistiu na perda resultante da impossibilidade de incorporar ao seu patrimônio o bem objeto do contrato, com o lucro que lhe adviria disso. Com o descumprimento por parte do vendedor, este se beneficia do próprio inadimplemento, pois incorpora para si o lucro que decorreu da extrema valorização do imóvel, o qual iria para o comprador caso o contrato fosse cumprido. Não se trata de enriquecimento indevido do comprador, mas da justa recomposição do seu patrimônio pelo fato de ficar impedido de se beneficiar com o lucro do negócio avençado. A situação tem a peculiaridade da extrema valorização da gleba, com a construção do Rodoanel na Rodovia Fernão Dias, na periferia da cidade de São Paulo. Se a promessa era irretratável e sem previsão para o arrependimento, a frustração do negócio por culpa da vendedora dá origem à reparação do dano sofrido pelo comprador. No caso, o cálculo desse valor pelo que hoje vale o terreno não é nada mais do que a verificação do que o comprador razoavelmente deixou de lucrar com a extinção do contrato, nos exatos termos do art. 1059 do Código Civil. Para reforçar esse convencimento, lembro o caso de contrato de promessa de compra e venda com cláusula de irretratabilidade, sem antecipação de arras ou de qualquer parcela, com preço a ser pago integralmente no momento da escritura. O vendedor que voltasse atrás não teria - de acordo com a tese da proporcionalidade acolhida no v. acórdão recorrido - indenização alguma a pagar ao seu contratante, muito embora houvesse a resolução do contrato e a perda do lucro que teria o comprador se o bem lhe tivesse sido transferido. Na indenização por descumprimento de contrato de promessa de compra e venda que se frustra pela ação do vendedor, o comprador tem o direito de ser colocado na situação em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido. Isto é, tem o direito a ver atendido seu interesse positivo, de ser indenizado pelos danos positivos, para o que interessa considerar qual o patrimônio de que disporia se não tivesse havido a quebra do contrato pelo promitente vendedor. E por inteiro, não por metade, ou em 10%." (REsp 403.037-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 05/08/2002).

com a evicção.

É necessário, portanto, ter cuidado com o uso dessa analogia, pois a resolução prevista no art. 455 tem uma função específica que está relacionada com a utilidade ou não do direito parcialmente perdido pelo evicto. Enquanto o direito continua sendo útil ao evicto, não há razão para que a resolução do negócio fique ao seu exclusivo critério, afinal a “própria noção de obrigação, identificada com um vínculo de submissão do devedor ao credor, vem sendo, gradativamente, abandonada em favor do conceito mais equilibrado de relação obrigacional”<sup>241</sup>. Significa isto dizer que um negócio, enquanto útil para o seu fim, deve ser preservado e eventual prejuízo resolvido por meio de indenização. Logo, ao evicto só cabe pedir a resolução daquele negócio que, em razão da perda parcial da coisa, impede o adquirente de utilizá-la tal como projetado. Ou, como afirma Caio Mário “aquela perda que, em relação à finalidade da coisa, faça presumir que o contrato se não realizaria se o adquirente conhecesse a verdadeira situação”.<sup>242</sup>

Na evicção total não faz sentido buscar a resolução, perquirindo um caminho mais longo e difícil, se o legislador prevê uma espécie de responsabilidade objetiva do alienante e permite buscar o que pagou acrescido de indenização, devendo apenas ser demonstrado o fato da evicção.

Além disso, não parece possível desprezar o dado normativo que, claramente, não quis adotar a mesma medida prevista no art. 475 para o caso de evicção, até porque, se assim fosse, bastaria tratar a evicção como inadimplemento “comum”. As medidas previstas na garantia, por si só, demonstram uma regulamentação própria e especial que se diferencia das regras comuns de inadimplemento, sendo desnecessário buscar soluções em outros institutos se àqueles remédios específicos fornecidos pelo legislador são suficientes para solucionar os problemas decorrentes da evicção.

Assim quis o legislador e não há justificativa jurídica para modificar tal previsão. Aliás, se assim fosse, o tratamento das alienações *a non domino* seria idêntico ao da evicção. E, como se sabe, as alienações *a non domino* não possuem uma regulamentação própria ou especial, sendo solucionadas com as regras comuns de inadimplemento, justamente porque é possível o cumprimento coato do

---

<sup>241</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 102.

<sup>242</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III, *cit*, p.135-138.

contrato, bastando, para tanto, que o alienante adquira a titularidade do bem para correção do vício jurídico, que na evicção é impossível de obter-se em razão da perda sofrida em definitivo. São, portanto, regimes jurídicos distintos cada um desempenhando uma função.

Feito esse esclarecimento inicial, é necessário identificar, diante do silêncio legislativo, quem responde pela garantia no caso de evicção de bem adquirido em hasta pública. Dentre os possíveis responsáveis estão o executado, na qualidade de proprietário do bem, o exequente, que requereu a expropriação forçada do bem e se beneficiou com o produto da arrematação, e o Estado, que a pedido do exequente realizou a hasta pública. Todas essas possibilidades passam a ser examinadas a seguir.

### **3.2. A problemática envolvendo a responsabilidade pela garantia em hasta pública em razão do silêncio do legislador: a necessidade de serem estabelecidos critérios objetivos para apuração do responsável**

Na evicção decorrente de relação contratual comum, não há muita dificuldade para identificação do responsável pela garantia, pois esta, em princípio, cabe a quem alienou o bem ao evicto. Embora já mencionado anteriormente, vale lembrar que o art. 456 do CC modificou a redação original (CC/16, art. 1.116) e o adquirente evicto pode convocar para o processo qualquer um dos alienantes da cadeia de transmissão que tenha responsabilidade pela evicção. Pode o evicto cobrar a sua indenização diretamente do responsável, sem a necessidade de exercer o seu direito contra quem lhe transmitiu. Sabendo que o vício se originou do alienante anterior a quem lhe transmitiu o direito, pode dirigir-se diretamente contra aquele que não tinha o direito que fora transferido, mesmo sem nunca ter com ele estabelecido qualquer relação jurídica.

Quanto à garantia em hasta pública, que escapa do esquema típico das alienações de bens, o Código Civil não indica o seu responsável e o arrematante evicto encontra dificuldade para saber contra quem direcionar a sua pretensão ressarcitória e indenizatória. Tratando-se de relação processual, podem ser identificadas três partes/sujeitos: i) O Estado-juiz, que realiza a hasta pública e transfere coativamente o bem do executado ao arrematante; ii) o executado, titular do bem submetido à hasta pública e é beneficiado pelo produto da arrematação utilizado para o pagamento das suas dívidas; iii) o exequente, que recebe o seu

crédito com o produto da arrematação.

Ao analisar o tema, Pontes de Miranda sustenta que, após a distribuição do preço, o arrematante pode se voltar contra o credor ou executado, se este recebeu algum saldo decorrente da venda judicial. A posição de Pontes de Miranda é clara em admitir a responsabilidade do credor e, somente quando haja recebimento de eventual saldo, do executado.<sup>243</sup>

Em posição um pouco diferente, Nelson Rosenthal<sup>244</sup>, levando em conta a dificuldade que se pode obter no recebimento da indenização em face do antigo dono, diante de seu possível estado econômico precário, e com base nos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, sustenta que há uma solidariedade passiva entre credores beneficiados com o produto da arrematação e o executado, titular do bem expropriado.<sup>245</sup>

<sup>243</sup> “ Há vício jurídico quando, por defeito na titularidade do devedor que prestou, o credor recebe direito diminuído em comparação com o que foi prometido, ou com o que, em virtude de lei, tinha de adimplir (...). Se com a transcrição, o arrematante ou o adjudicatário adquiriu, in casu, contra quem quer que seja, a propriedade ou o direito real limitado sobre bens imóveis, é questão à parte. Respondido que sim, o terceiro, que era proprietário, ou titular de direito real limitado, perdeu o direito de propriedade, ou o direito real limitado, que se lhe atribuía, e não mais tem ação de cuja sentença possa resultar evicção do arrematante ou do adjudicatário. Se ainda não houve a transcrição, ou se essa pode ser cancelada, de modo que nenhum efeito translativo se tenha por produzido, o terceiro pode ir contra o arrematante, ou o adjudicatário, e sobrevir sentença evincente. O arrematante ou adjudicatário pode pedir que se lhe restitua o preço por que arrematou, ou, prestado como complemento, lhe foi adjudicado o imóvel ou o direito real limitado. (...) Se o preço da arrematação, ou o complemento para a adjudicação, já foi distribuído, o arrematante ou adjudicatário tem direito e pretensão a ser-lhe restituído pelos credores e, se algo recebeu o devedor mesmo, por esse.” (*Tratado de Direito Privado*. Parte especial: tomo XXXVIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 157/158 e 180/181)

<sup>244</sup> Nelson Rosenthal pontua que: A cláusula que acautela o adquirente em face da evicção é implícita, mesmo nos contratos efetuados em hasta pública. Destarte, haverá proteção em prol daquele que arrematou judicialmente em processo de execução. A grande indagação é a seguinte: quem lhe indenizará pela coisa evencida? Afinal, não se trata de alienação de um bem, mas sim de uma hipótese de expropriação praticada pelo Estado. Ademais, propugnar a evicção contra o antigo dono é uma tarefa árdua, diante de seu estado econômico precário, a não ser que tenha percebido o saldo remanescente pela evicção. A outro turno, postular contra os credores da execução gera maiores chances de sucesso, haja vista que eles levaram o bem à hasta e embolsaram o seu valor. Poder-se-ia, em princípio, objetar que os credores nunca foram titulares do bem, porém a cláusula geral da função social do contrato (...) propicia que o adquirente alcance aqueles, tendo em vista que o adquirente se torna vítima de uma relação obrigacional entre o executado e exequentes. Em suma, o resguardo do princípio da boa-fé objetiva provocará uma solidariedade passiva entre credores beneficiados e o executado” (*Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. 4ª ed. rev. e atualiz. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 509).

<sup>245</sup> Caio Mário da Silva Pereira, parecendo não concordar com a conclusão de Nelson Rosevald, assim se manifesta: “O Código de 2002 inovou em relação ao direito anterior, ao dispor que subsiste a garantia da evicção ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública. Diante de tal regra, a pergunta cabível, não respondida pelo Código, consiste em se saber quem responde pela evicção na alienação em hasta pública, tendo em vista que nessa hipótese a venda não se dá espontaneamente pelo proprietário da coisa, mas sim pelo Estado, a fim de que terceiro seja favorecido. Imagine-se a hipótese de um bem ser alienado em hasta pública após ter sido penhorado para a garantia de uma execução contra o proprietário. Em ocorrendo a evicção, o adquirente de bem deve exigir a indenização pela sua perda do antigo proprietário, ou do credor que obteve o proveito

Humberto Theodoro Júnior, apoiado na doutrina de Frederico Marques<sup>246</sup>, responsabiliza o executado sob o fundamento de que o seu patrimônio é garantia comum de todos os credores, mas admite a responsabilidade subsidiária do credor com base na doutrina de Liebman.<sup>247</sup> Vale lembrar que Liebman não admite a garantia por evicção em hasta pública, mas sustenta que o arrematante tem direito de reaver do executado o que pagou sem causa, pois este se livrou das dívidas à custa de bens alheios e, subsidiariamente, receber dos credores o que estes receberam.

Para Araken de Assis respondem, solidariamente, o Estado, o exequente e o executado, visto que o Estado sub-rogaria à vontade do executado e decidiria o domínio a favor de terceiro.<sup>248</sup> No mesmo sentido, Fredie Didier afirma que o Estado deve ser responsabilizado de forma solidária, juntamente com o executado e o exequente.<sup>249</sup>

Prevalecem, portanto, os seguintes entendimentos: i) responsabilidade do(s)

---

com a venda que veio a ser prejudicada em razão de um direito anterior? Na primeira hipótese, as chances de o adquirente vir a obter a sua indenização são diminutas, tendo em vista o provável esta de insolvência do proprietário que teve bem da sua propriedade levado a hasta pública. Na segunda hipótese, se estará transferindo a responsabilidade pela evicção a quem nunca foi proprietário da coisa evencida". (*Instituições de Direito Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 138)

<sup>246</sup> “Embora não haja compra e venda na arrematação, o executado responde pela evicção porque se o seu patrimônio é garantia comum de todos os credores, seria injusto, caso o bem arrematado não lhe pertencesse, fosse o arrematante obrigado a arcar com todo o peso da execução, beneficiando os credores com um enriquecimento injustificado obtido à custa de algo que não era devido” (MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*, vol. 4, p.200).

<sup>247</sup> Humberto Theodoro Júnior, responsabilizando o executado, mas admitindo uma responsabilidade subsidiária do exequente, afirma: “A solução mais plausível é, sem dúvida, a oferecida por Frederico Marques, apoiada em Micheli e Liebman; embora não haja compra e venda na arrematação, o executado responde pela evicção, porque se o seu patrimônio é garantia comum de todos os credores, seria injusto, caso o bem arrematado não lhe pertencesse, fosse o arrematante obrigado a arcar com todo o peso da execução, beneficiando os credores com um enriquecimento injustificado porque obtido à custa de algo que não era devido” “Daí a conclusão de Liebman, de que o primeiro responsável pela reparação do prejuízo do arrematante é o executado e, subsidiariamente o credor. Para o notável mestre peninsular, embora não se possa falar da garantia da evicção propriamente dita, porque o executado não vendeu, é inegável o direito do arrematante de reaver o que pagou sem causa. Quem se enriqueceu indevidamente foi o executado que se livrou das dívidas à custa de bens alheios; é ele obrigado a indenizar o arrematante. Mas, às vezes, ele é insolvente; o arrematante poderá, então, repetir dos credores o que receberam, porque, embora tivessem direito ao pagamento, não o tinha a ser pagos pela alienação de bens de terceiros” (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 235).

<sup>248</sup> Pontua o autor: “Aqui é preciso considerar a unidade do poder jurisdicional. Ao sub-rogar à vontade do executado, a instância do exequente, ou veicular a ação deste na esfera jurídica do obrigado, conforme o ângulo da análise, e, a um só tempo, decidir o domínio a favor de terceiro, o Estado assume o risco de entregar com uma mão o que, em seguida, retirará com a outra. Daí resulta o dever de indenizar o evicto. Ademais, a inserção do Estado no negócio autoriza imputar-lhe responsabilidade pelo dano porventura causado a terceiro. Deste modo, o Estado responderá solidariamente com as partes da relação da relação processual pela evicção do adquirente”. (ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. São Paulo: RT, 14ª ed., 2012, p. 825.)

<sup>249</sup> DIDIER, Fredie. *Regras Processuais no Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004

credor(es) e subsidiariamente do executado; ii) responsabilidade do executado e subsidiária do(s) credor(es); iii) responsabilidade solidária entre o(s) credor(es) e o executado; iv) responsabilidade solidária do Estado; do(s) credor(es) e do executado.

Com exceção do Estado, o credor e o executado são diretamente beneficiados pela expropriação dos bens, por isso podem ser responsabilizados. Pode parecer contraditório afirmar que o executado tem benefício com uma venda que é feita contra a sua vontade, mas a partir do momento que ele tem a sua dívida quitada com o produto da arrematação, não é difícil enxergar o benefício obtido, que se torna ainda mais evidente quando ele recebe eventual saldo da arrematação.

Para verificação do responsável pela garantia em hasta pública é necessário separar a restituição do preço das demais verbas indenizatórias e, dentro de cada tópico, verificar a responsabilidade de cada um dos envolvidos. Mas esta análise, por si só, não é suficiente, tendo em vista que alguns aspectos específicos do procedimento que submete o bem à hasta pública podem influenciar ou alterar a conclusão inicial sobre o responsável. Optou-se, portanto, em separar a análise nos seguintes tópicos: i) restituição do preço; ii) verbas indenizatórias; iii) condições do edital de praça; iv) certidões dos distribuidores para realização da praça; e v) distribuição do produto da arrematação.

### **3.2.1. Restituição do preço**

A identificação do responsável pela garantia não é uma tarefa fácil, uma vez que diversos fatores podem influenciar no seu direcionamento. Em primeiro lugar, é necessário separar a restituição do preço das demais consequências da garantia. Com o desfazimento da arrematação, a primeira providência que surge é restituir o preço pago pela aquisição. Aqui, em princípio, responde o executado e o exequente em razão dos motivos acima mencionados. Se o executado restituir integralmente o produto da arrematação, o exequente fica liberado da obrigação de ter que devolver aquilo que recebeu. Caso, entretanto, isto não ocorra, hipótese mais comum porque normalmente o executado se encontra em estado de insolvência, o credor deve restituir os valores obtidos com a expropriação do bem<sup>250</sup>, até o limite do que

---

<sup>250</sup> Neste sentido: “ARREMATAÇÃO DECLARADA INEFICAZ. Imóvel arrematado em hasta pública pelo autor que já havia sido adjudicado a terceiro em outro processo. Valores depositados pelo arrematante que foram levantados pelo exequente no processo executivo. Impossibilitada a aquisição da propriedade, de rigor que o exequente restitua os valores pagos pelo arrematante. Ausência de justa causa a legitimar o montante recebido pela ré. Recurso desprovido.” (Apelação cível nº

efetivamente recebeu, o que resulta, evidentemente, no reestabelecimento de seu crédito junto ao executado. Isso porque, pode ocorrer de o produto da arrematação ter sido destinado a vários credores e até mesmo eventual saldo ao próprio executado, não podendo, portanto, o credor ser responsabilizado por quantias que não recebeu.

Dispõe o art. 450, parágrafo único, do CC que o preço será o do valor da coisa na época em que se eviceu, sendo necessárias três observações importantes sobre essa questão. A primeira é que pela regra do parágrafo único se observa que, em verdade, não se trata de restituição de preço, mas o equivalente pecuniário. Não se trata de simples restituição do valor pago pelo bem, visto que a regra é que a devolução observe o valor de mercado do bem ou, como ensina Caio Mário, “responde pela *plus-valia* adquirida pela coisa, isto é, a diferença a maior entre o preço de aquisição e o seu valor ao tempo em que se eviceu”.<sup>251</sup> A segunda observação diz respeito à possibilidade de desvalorização da coisa. Não se pode realizar uma interpretação literal deste dispositivo, pois ela pode prejudicar o evicto no caso de o bem sofrer uma diminuição no seu valor de mercado. Levando em conta que a garantia busca reparar todos os prejuízos sofridos pelo evicto, não parece razoável admitir que, no caso de desvalorização do bem, ele possa ser prejudicado. Logo, a regra antes referida, em princípio, só se aplica no caso de valorização do bem, indenizando o evicto não apenas pelo que pagou pelo bem como também à valorização que este sofreu até a sua perda. Portanto, havendo desvalorização, o evicto terá direito a receber pelo menos o que desembolsou, conforme inclusive já decidiu o STJ<sup>252</sup>, a menos que o alienante comprove que eventual desvalorização se deu em virtude de alguma conduta negligente do

---

1063768-20.2013.8.26.0100, Rel. Milton Paulo de Carvalho Filho, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julg. 27/11/2014).

<sup>251</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume III, cit. p. 140

<sup>252</sup> EMENTA: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANTA COMUNITÁRIA DE TELEFONIA. RESTITUIÇÃO DO VALOR INVESTIDO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DE ÍNDICES NEGATIVOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. REJEIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: Aplicam-se os índices de deflação na correção monetária de crédito oriundo de título executivo judicial, preservado o seu valor nominal. 2. Caso concreto: 2.1 - Aplicação da tese à espécie. 2.2 - "Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença". 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1.134.186/RS, rito do art. 543-C do CPC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, jul.19/03/2014).

adquirente.<sup>253</sup>

A terceira observação é se no caso de valorização o exequente teria obrigação de arcar com a diferença entre o que recebeu e o valor de mercado do bem na época da evicção. Pelo fato de o legislador ter inserido esta regra na restituição do preço, cujo valor deve ser restituído pelo exequente, surge a obrigação de o credor arcar com essa diferença (valorização) proporcionalmente ao valor que recebeu do produto da arrematação, caso não lhe tenha sido todo ele destinado. Assim, se o seu crédito era de 100, o bem foi vendido por 200 e na época da evicção valia 300, o exequente teria que devolver 100 (valor recebido) mais 50% da valorização, totalizando 150.

Mas é necessária uma ressalva à obrigação que tem o exequente de devolver aquilo que recebeu. Caso o seu crédito tenha por finalidade a realização de um interesse existencial, como por exemplo ser decorrente de prestações alimentícias em atraso, o credor, em princípio, ficaria dispensado de realizar a devolução, pois o seu crédito teria prevalência sobre o crédito do arrematante. Este critério de “desempate” ocorre porque a proteção ao arrematante não pode se sobrepor à norma constitucional que protege, com prioridade, os interesses existenciais. Se a Constituição eleva a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, conforme dispõe o art. 1º, III, afastar a obrigação do exequente de devolver a quantia recebida expressa uma proteção ao desenvolvimento da sua personalidade. Não é novidade que as situações patrimoniais foram redesenhadas pelo texto constitucional e só são dignas de tutela quando respeitam o comando constitucional de promoção e desenvolvimento da pessoa humana. Dito de outra forma, significa que as situações jurídicas existenciais prevalecem sobre as patrimoniais no caso de conflito. Em feliz passagem sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes ensina:

“é preciso reconhecer que enquanto o Código Civil correspondeu às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção, e cujo protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante, o testador – na realidade, roupagens diversas usadas pelo mesmo personagem – a Constituição Federal, ao contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua dignidade

<sup>253</sup> Neste sentido são as lições de Cario Mário: “Se, ao contrário da valorização, estiver depreciado, a aplicação pura e simples do disposto no art. 450 desautoriza leva-la em consideração, pois que constrange o alienante a efetuar a “restituição integral do preço”, e não obsta uma possível alegação de que a menor-valia corre à conta da negligência do adquirente”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume III, *cit.* p. 140).

constitui um dos fundamentos da República, assegurando, por esta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extra-patrimoniais”.<sup>254</sup>

Todavia, pode ocorrer de o crédito do arrematante também ter natureza existencial, por exemplo, ter ele adquirido o bem para sua própria moradia com dinheiro obtido com a venda de imóvel onde residia. É possível surgir, portanto, um conflito delicadíssimo porque são duas situações existenciais igualmente protegidas pela Constituição da República que visam à promoção da dignidade da pessoa humana. Caberá ao magistrado, utilizando-se da técnica da ponderação, proteger aquele interesse que realize “mais imediatamente ou em maior grau a dignidade humana”.<sup>255</sup>

Anderson Schreiber, em uma tentativa de sistematização deste complexo procedimento, afirma:

“Nesta tormentosa valoração, deve-se admitir, talvez como simplificação útil, que a dignidade humana atribui, a princípio, prevalência aos interesses existenciais em relação aos interesses patrimoniais. Ainda, assim, somente as circunstâncias concretas permitirão verificar o modo pelo qual tal prevalência se manifesta, especialmente diante da verificação de que, na espécie, os interesses patrimoniais em jogo vinculam-se, com alta imediatez ou em alto grau, ao atendimento de outros interesses existenciais, igualmente tutelados”.<sup>256</sup>

No exemplo antes referido, sem dúvida são duas situações patrimoniais, já que estão em jogo valores pecuniários, mas ambas situações realizam interesses existenciais, cuja prevalência de uma sobre a outra dependerá do maior grau de realização da dignidade humana. Por tais razões, é possível, dependendo do caso concreto, que o exequente fique isento da responsabilidade de devolução dos valores recebidos pelo bem objeto de evicção.

### **3.2.2. Verbas indenizatórias**

Quanto à garantia propriamente dita, ou seja, a indenização buscada pelo arrematante, o que inclui todas as consequências previstas nos artigos 450 e 453 do CC, dúvida não há que o executado responde por se tratar a arrematação de uma

<sup>254</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *A Constitucionalização do Direito Civil*. Revista Brasileira de Direito Comparado, 1999, p.86.

<sup>255</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 180.

<sup>256</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. *cit.*, p. 180.

aquisição derivada e por ele integrar a cadeia de alienação do bem. O fato de não se verificar na evicção conduta culposa do alienante, respondendo este objetivamente pelas perdas e danos que a alienação do bem causou ao arrematante, reforça ainda mais a extensão da responsabilidade ao executado.

A responsabilidade do exequente, em princípio, fica restrita à devolução do que recebeu do produto da arrematação, que, na realidade, não faz parte da garantia propriamente dita, ou seja, da parcela indenizatória decorrente da garantia. A responsabilização do exequente não tem amparo legal, pois ele não integra a cadeia de alienação e, portanto, nunca exerceu a titularidade do bem contaminado com o vício de direito. Se a evicção é caracterizada pela perda de um bem em razão de um vício anterior, a responsabilidade somente pode ser daqueles que compõem a cadeia de alienação: alienante direto ou indiretos (antigos titulares), dependendo onde nasceu o vício.

Entretanto, é necessário fazer uma ressalva no sentido de ser possível a responsabilização do credor por perdas e danos se agiu intencionalmente, ou seja, se o exequente sabia que o bem era litigioso ou pertencia a outrem e mesmo assim seguiu com o procedimento expropriatório. Neste caso, deve responder pelas perdas e danos causados ao arrematante, mas com base na responsabilidade civil comum (CC, art. 186 e 927), porque tal medida depende de produção de prova e seria incompatível com o instituto da evicção. Essa responsabilização maior poderia ter, também, por fundamento, violação ao princípio da boa-fé objetiva, especialmente na sua vertente de atribuir deveres laterais de conduta às partes, uma vez que não pode o credor agir deslealmente pensando apenas em receber o seu crédito, a qualquer custo ou sacrifício de terceiros, solução esta que está em consonância com o art. 5º do NCPC segundo o qual “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Quanto ao Estado-juiz, este não responde pela devolução da quantia nem pela garantia propriamente dita, já que não tem benefício algum com a expropriação do bem que é feita em benefício exclusivo do credor e do executado com a finalidade de solucionar um litígio entre os dois.<sup>257</sup> Todavia, do mesmo modo que é

---

<sup>257</sup> Ementa: “Responsabilidade civil do Estado. Imóvel adjudicado. Bem posteriormente alienado a terceiro. Vício processual. Anulação da penhora e da hasta pública. Prejuízos ao comprador. Caso típico de evicção. Aplicação do disposto no art. 447 do Código Civil. Ilegitimidade do Estado. Recurso provido. Não tendo o Estado de Santa Catarina praticado qualquer ato negocial com o autor, não deve responder por eventuais prejuízos decorrentes da evicção. Ainda que tenha ocorrido falha

processual - ocasionando a anulação da penhora e da hasta pública - eventuais prejuízos não podem ser imputados ao Judiciário, haja vista que, como é cediço, compete ao exequente zelar pelo regular processamento da demanda expropriatória. (Apelação Cível n. 2013.054384-7, 3ª Câmara de Direito Público do TJ/SC, Relator: Des. Pedro Manoel Abreu, julg. 29/10/2013). *Vale destacar o voto do Relator, in verbis*: "Trata-se de ação de indenização por meio da qual o autor busca a condenação do réu no pagamento de indenização por danos materiais decorrentes de suposto erro processual cometido pelo Poder Judiciário. Segundo se extrai da exordial, o autor adquiriu um imóvel com área de 1.159,50m<sup>2</sup> da empresa Oenning Florestal Exportação Ltda., que por sua vez teria adquirido do Banco do Brasil, através de arrematação feita em processo de execução promovido por si contra Indústria e Comércio Machado Ltda., Ivo Machado, João Machado da Silva, Sonia Souza Machado e Fermina Neckel da Silva. Entretanto, referida negociação teria sido frustrada em decorrência de decisão judicial que, reconhecendo nulidade processual nos autos da ação de execução, anulou a penhora e a arrematação do bem, retornando o imóvel ao *status quo*. Adianta-se, desde logo, que o apelo efetivamente comporta provimento. Isso porque não há como imputar ao ente público a responsabilidade pela transação mal sucedida e sim ao próprio autor, que deveria melhor acautelar-se ao efetivá-la, promovendo as diligências possíveis. Da simples narrativa dos fatos é possível alcançar a conclusão de que se está diante de típico caso de evicção, que nada mais é do que "a perda ou desapossamento da coisa por causa jurídica, determinante e preexistente à alienação, reconhecida por decisão judicial e em favor de outrem, verdadeiro detentor do direito sobre o bem" (SILVA, Regina Beatriz Tavares da, Código Civil Comentado, 7ª ed. rev e atual, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 373). Nas palavras de Pontes de Miranda: A evicção, constitui fato objetivo, acarretando de imediato ao alienante a obrigação de restituir integralmente o preço desembolsado pelo evicto na aquisição do bem, desde que "[...] a responsabilidade pela evicção independe de culpa do outorgante" (Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. São Paulo: RT, 1984. p. 194). Na espécie, o autor adquiriu um imóvel da empresa Oenning Florestal Exportação Ltda., e veio a perdê-lo, posteriormente, em decorrência de decisão judicial, de modo que o prejuízo por si arcado deveria ser buscado da alienante, e não do Estado de Santa Catarina, nos termos do que dispõe o art. 447 do Código Civil, *in verbis*: Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública. Em casos semelhantes, envolvendo suposta omissão do Estado em identificar - na vistoria veicular - a origem ilícita do bem, igualmente tem-se afastado a responsabilidade: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO POSTERIORMENTE APREENDIDO PELO DETRAN - RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR E DO INTERMEDIÁRIO PELOS DANOS CAUSADOS - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O vendedor de veículo e o intermediário do negócio respondem pelos danos causados ao comprador, ante a posterior apreensão do bem pela autoridade policial, por ser produto de furto. (AC n. 2001.008807-0, de Timbó, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. em 03.02.2009). RESPONSABILIDADE CIVIL. VEÍCULO APREENDIDO PELA AUTORIDADE DE TRÂNSITO. DANO MATERIAL E MORAL. EVICÇÃO. O Estado não pode ser responsabilizado pelo prejuízo suportado pelo comprador, quando constatada a origem ilícita de parte do veículo adquirido, sob o argumento de que a repartição de trânsito teria sido negligente em seu mister de vistoriá-lo. (TJSC, Ap. Cív. n. 2007.036907-7, de São José, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 04.09.2007).

A evicção, constitui fato objetivo, acarretando de imediato ao alienante a obrigação de restituir integralmente o preço desembolsado pelo evicto na aquisição do bem, desde que "[...] a responsabilidade pela evicção independe de culpa do outorgante" (Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. São Paulo: RT, 1984. p. 194). (TJSC, Ap. Cív. n. 2006.040417-2, de Criciúma, Rel. Des.Sônia Maria Schmitz, j. em 12.05.2009). APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. AUTOMÓVEL COM PEÇAS PROVENIENTES DE VEÍCULOS FURTADOS. EVICÇÃO. DEVER DE O ALIENANTE INDENIZAR O ADQUIRENTE DO CARRO. RECURSO NÃO PROVIDO. Um dos deveres do alienante é garantir ao adquirente a posse tranqüila do bem transferido, a menos que tenha expressamente se eximido de tal responsabilidade. Isso não ocorrendo, o alienante é responsável pela reparação dos prejuízos advindos da evicção, que é uma espécie de garantia que recai sobre o alienante. Se o adquirente perder o bem, total ou parcialmente, por força de ato de autoridade legal, a exemplo de apreensão de veículo furtado por autoridade policial, e com base em causa preexistente ao contrato, ocorre a evicção. Jurisprudência dominante, inclusive, vem reconhecendo a configuração da evicção independentemente de sentença judicial, a par do ocorrido no caso em tela (TJ/SC, Ap. Cív. n. 1999.001340-5, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 27-7-1999) (TJSC, Ap.Cív. n. 2000.021009-9, da Capital, rel. Carlos Prudêncio, j. em 21.03.2006). *In casu*, certamente o autor optou pelo ajuizamento em face do Estado de Santa Catarina em virtude do

possível responsabilizar o exequente, em razão de conduta intencional de sua parte, também o Estado pode responder por prejuízos causados ao arrematante se ficar comprovado que o juiz agiu com negligência ou imprudência, deixando de considerar informações constantes dos autos que, devidamente examinadas, evitariam à expropriação do bem.

Araken de Assis apresenta solução contrária<sup>258</sup>, afirmando:

“É preciso considerar a unidade do poder jurisdicional. Ao sub-rogar à vontade do executado, a instância do exequente, ou veicular a ação deste na esfera jurídica do obrigado, conforme o ângulo da análise, e, a um só tempo, decidir o domínio a favor de terceiro, o Estado assume o risco de entregar com uma mão o que, em seguida, retirará com a outra. Daí resulta o dever de indenizar o evicto”.<sup>259</sup>

---

estado falimentar em que a alienante se encontra, conforme narrado na própria exordial. Tal conduta, entretanto, não pode ser avalizada, uma vez que, como sabido, "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade" (CPC, art. 3º). Logo, não tendo o Estado de Santa Catarina praticado qualquer ato negocial com o autor, não deve responder por eventuais prejuízos decorrentes da evicção. Não fosse isso suficiente, convém assentar ainda que, ao contrário do afirmado pelo autor e acolhido pela sentença atacada, não se pode imputar ao Poder Judiciário qualquer responsabilidade em decorrência da ausência de intimação da Sra. Fermina Neckel da Silva - na qualidade de cônjuge e executada - acerca da penhora e hasta pública realizadas nos autos da execução proposta pelo Banco do Brasil (autos n. 070.91.000031-0). Por mais que o trâmite normal da demanda levasse à intimação conjunta do executado e de sua cônjuge acerca da penhora realizada sobre o imóvel, nos

termos do disposto no art. 655, § 2º, do Código de Processo Civil, o fato é que a intimação dessa última não ocorreu, seja porque o oficial de justiça não a encontrou, seja por puro esquecimento. Diante disso, caberia ao exequente zelar pelo regular processamento do feito, apontando, a tempo e modo a irregularidade processual, uma vez que "cumprido ao advogado requerer a realização dos atos necessários à satisfação do 'interesse' do credor" (TJSC, Ap. Cív. n. 2011.084869-3, Rel. Des. Newton Trisotto). Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO. RECURSO DESPROVIDO. [...] [...] O fato de a citação por edital ter sido provocada por erro do Judiciário na inserção do endereço da executada no mandado não tem o condão de afastar a prescrição. Cumpria ao credor zelar pela regularidade dos atos processuais tendentes a perceberem o débito. Isso porque, "se é certo que 'o processo civil

começa por iniciativa da parte' e se 'desenvolve por impulso oficial' (CPC, art. 262), também é certo que o desenvolvimento regular da execução depende, fundamentalmente, do 'interesse do credor' (CPC, art. 612). Toda movimentação processual está disponível no SAJ - Sistema de Automação do Judiciário. Cumpre ao advogado requerer a realização dos atos necessários à satisfação do 'interesse' do credor" (AC n. 2010.084481-2, Des. Newton Trisotto). (TJSC, Apelação Cível n. 2011.085110-2, de Rio do Sul, rel. Des. Newton Trisotto, j. 30-10-2012). Desta feita, ainda que, de fato, tenha ocorrido uma falha processual nos autos da execução, eventuais prejuízos não podem ser imputados ao Judiciário, haja vista que, conforme já assentado, competia ao exequente zelar pelo regular processamento da demanda expropriatória. Ante o exposto, o voto é pelo provimento do recurso interposto para, reconhecendo a ilegitimidade do Estado de Santa Catarina, julgar extinto o processo,

nos termos do disposto no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Deverá o autor, com esse desfecho, arcar com as custas processuais e honorários de sucumbência que, com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixa-se em R\$ 1.000,00".

<sup>258</sup> Fredie Didier também defende a responsabilização do estado afirmando que deve responder de forma solidária juntamente com o executado e o exequente. (Processuais no Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004).

<sup>259</sup> ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. cit, p. 742.

Com a devida vênia, não há base legal para responsabilizar o Estado apenas porque ele é o responsável pela atividade jurisdicional, pois a responsabilidade da evicção exige a participação na cadeia dominial ou de alienação do bem. Logo, a única possibilidade de responsabilização do Estado é por meio do instituto da responsabilidade civil comum, por erro judiciário, nos termos do art. 37, §6º da CF.

Entretanto, alguns fatores extraídos dos autos do processo judicial podem modificar essa regra básica de responsabilização, a saber: a) as condições para aquisição do bem no edital de praça; b) anotações nas certidões anexadas aos autos para realização da hasta pública; e c) a forma de distribuição do produto da arrematação.

Esses três aspectos serão analisados separadamente, e dentro de cada um dos tópicos, verificar-se-á a possibilidade ou não em modificar àquela regra básica antes examinada.

### **3.2.3. Condições do edital de praça**

O edital é um instrumento indispensável e importantíssimo para estabelecer as regras da alienação e cientificar os interessados sobre todas as condições do ato expropriatório, funcionando como anúncio da alienação forçada e seu regulamento. Antes de o imóvel ser submetido à hasta pública, é imprescindível, sob pena de nulidade, a elaboração e publicação de editais de praça contendo a descrição do bem penhorado com as suas características, situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros; o valor do bem; o dia e hora da hasta pública; menção de existência de ônus, recursos ou causa pendentes sobre os bens a serem arrematados; e a comunicação de que, se os bens não alcançarem lance superior à avaliação, seguir-se-á, em dia e hora desde logo designados, a sua alienação pelo maior lance (CPC, art. 686).

Além das informações impostas pelo art. 686 do CPC, pode o edital excluir a garantia (CC, art. 448). Do mesmo modo que as partes têm autonomia para dispor acerca da garantia, o juiz pode, se julgar conveniente, excluí-la. Entretanto, caso isso ocorra, o arrematante evicto não perde o direito à restituição do preço, apenas as demais consequências da garantia (CC, art.450). Nesse caso, se o valor não tiver ainda sido distribuído aos credores nem o executado levantado eventual saldo a que tiver direito, o juiz simplesmente restitui a quantia ao arrematante e o credor deverá

encontrar outros meios de satisfazer o seu crédito. Todavia, em não sendo excluída a garantia pelo edital de praça e tendo o arrematante direito à verba indenizatória (além da restituição) ou o dinheiro já tiver sido distribuído (o que é mais comum que ocorra), caberá ao evicto buscar em face do exequente aquilo que recebeu e do executado todas as demais pretensões indenizatórias, respeitando-se as ressalvas anteriormente expostas.

#### **3.2.4. Certidões dos distribuidores para realização da praça**

O segundo fator que influencia a identificação dos responsáveis pela garantia diz respeito à existência ou não de apontamentos nas certidões juntadas aos autos para realização da hasta pública. Assim como na compra e venda, as certidões para apuração da situação jurídica do alienante/executado e do imóvel devem ser apresentadas antes da realização da hasta pública para cientificar os interessados na aquisição do bem sobre eventuais ônus, gravames, ações e pendências jurídicas.

A existência de apontamento, por exemplo a anotação de uma ação reivindicatória referente ao bem submetido à hasta pública movida em face do executado, é suficiente para demonstrar que o arrematante tinha conhecimento do litígio. Nessa hipótese, a ciência por parte do adquirente de que o bem é alheio ou litigioso equivale à assunção do risco da privação, dando à arrematação a feição de uma aquisição tal como aquela feita por meio de contrato aleatório, onde, naturalmente, ficam excluídas as garantias da evicção e dos vícios redibitórios<sup>260</sup>. Portanto, o arrematante evicto, ciente de que o imóvel é alheio ou da existência de litígio, assume o risco da evicção e não tem direito de exigir a garantia, aplicando-se, assim, o disposto no art. 457 do CC, que é uma modalidade de cláusula legal de exclusão, incidindo independentemente de cláusula expressa.

Como já explicado, não se deve confundir a cláusula legal de exclusão (CC, art.457) da cláusula contratual de exclusão (CC, art. 449) da garantia. A primeira é imposição legal e está relacionada à assunção do risco da privação pelo adquirente em razão do conhecimento que tinha sobre a litigiosidade do bem ou deste

---

<sup>260</sup> Ementa: “Direitos possessórios. Compra e venda. Litigiosidade da ‘res’: conhecimento. Evicção – o comprador não goza de garantia contra a evicção que sofre se tinha conhecimento da litigiosidade do direito sobre o bem adquirido – art. 1.117, II, do CC – pois, no caso, o contrato passa a ser aleatório”. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Apelação n. 3359594, Rel. Everardo Mota e Matos, julg. 02.12.1994).

pertencer a outrem. Aqui o evicto não tem direito sequer à restituição do preço, ficando o executado e o exequente liberados da garantia. No segundo caso, a exclusão é oriunda da autonomia das partes, e por não existir assunção do risco da privação, o evicto tem direito a receber a restituição do que pagou, salvo se tiver assumido expressamente no contrato ou no auto de arrematação o risco da evicção.

Se, por exemplo, constar do edital a exclusão da garantia, ocorrendo a evicção ficam excluídas todas as consequências previstas no art. 450 do CC, mas tem o evicto direito à restituição do preço, salvo se tiver assumido o risco no edital ou no auto de arrematação (CC, art.449), cuja solução para direcionamento da pretensão de ressarcimento foi apresentada no tópico anterior. Se, por outro lado, constar do edital que o bem era litigioso ou se essa informação puder ser obtida por meio das certidões, o arrematante não tem direito sequer a reaver o preço pago pela aquisição, por ser hipótese análoga àquela de contrato aleatório (CC, art. 457).

O edital e as certidões exercem papel fundamental na regulamentação da evicção em hasta pública, especialmente porque, ao contrário do contrato, a elaboração do edital é feita de forma unilateral e depende apenas da vontade do magistrado, para regulamentação da venda judicial. As certidões, por outro lado, podem servir como instrumento válido para excluir a garantia por evicção em favor do arrematante por ciência da litigiosidade sobre o bem adquirido.

Além disso, as certidões dão segurança jurídica às partes envolvidas na relação processual, principalmente ao credor, que deve ter atenção ao requerer a penhora de um bem e submetê-lo à hasta pública. Se, por exemplo, as certidões acusam a litigiosidade do bem penhorado, cabe ao exequente aguardar pelo encerramento deste litígio antes de promover a sua venda judicial. Desta situação pode surgir um problema de difícil solução. Do mesmo modo que o exequente soube que o bem era litigioso ou pertencia a outro, o arrematante e o juiz também souberam, porque todos têm acesso às certidões que, inclusive, são lidas em público pelo leiloeiro antes da praça. Neste caso, existem duas possibilidades: a primeira é a adotada por Cario Mário para quem não há responsabilidade para o alienante se o adquirente sabia que a coisa era litigiosa ou alheia, aplicando-se o disposto no art. 457. A segunda possibilidade seria assegurar ao arrematante o direito à restituição do preço, sendo este o entendimento de João Luiz Alves para quem “mesmo sabendo que a coisa era alheia e litigiosa, não tendo direito à garantia, tem contudo, o adquirente evicto, direito à restituição do preço, salvo se

assumiu o risco que conhecia, porque o preço não faz parte da garantia”.<sup>261</sup>

A primeira solução, que afasta a responsabilidade do alienante quando ciente que o bem pertence a outro ou é litigioso, parece mais correta “porque seria ele, no caso, um cúmplice do apropriação, e não poder fundar, na sua conduta ilícita, uma pretensão jurídica” e “porque então estava ciente de que a prestação do outro contratante dependia de acerto judicial que lhe podia ser desfavorável”.<sup>262</sup>

Por mais que a conduta do exequente seja reprovável, porque tinha ciência que o bem submetido à venda judicial não era do executado ou era litigioso, a ciência desta situação pelo arrematante lhe retira a responsabilidade. A única possibilidade de responder nesta situação é se, por alguma razão, as certidões não estiverem anexadas aos autos ou deixarem de ser lida pelo leiloeiro público.

### **3.2.5. Distribuição do produto da arrematação**

O terceiro fator diz respeito à forma de distribuição do produto da arrematação, ou seja, se o dinheiro arrecadado foi integralmente destinado ao credor ou se foi parcialmente destinado ao credor e o saldo ao executado ou a outros credores. Tal verificação tem por objetivo identificar o limite da responsabilidade do exequente, que deve ficar restrita ao valor que recebeu do produto da arrematação, não cabendo a este à restituição ou pagamento de qualquer valor além do que recebeu, salvo na hipótese já abordada de valorização do bem à época da evicção.<sup>263</sup>

Por este critério é possível atingir outros credores que tenham se beneficiado com o produto da arrematação, podendo o evicto buscar junto a estes os valores recebidos, respeitando-se as mesmas regras elencadas no item “a” acima sobre à restituição do preço pago, inclusive à valorização do bem até a sua perda.

Esta verificação se torna importante porque se o executado não tiver recursos para suportar a garantia, e neste caso provavelmente não terá diante da pluralidade de credores, o evicto consegue identificar todos aqueles que foram beneficiados com o valor que ele desembolsou para adquirir o bem em hasta pública. Todavia, não se pode esquecer que aqui se aplica a mesma regra sobre a

---

<sup>261</sup> ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estado Unidos do Brasil anotado*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1917, v. 3, p.759.

<sup>262</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume III, *cit.*, p. 142.

<sup>263</sup> V. item “a” acima.

natureza dos interesses envolvidos indiretamente pelo crédito, se existencial ou puramente patrimonial.

Por fim, parece mais acertada à doutrina que prevê a responsabilidade do executado e, subsidiariamente, do exequente, mas deste limitado ao valor recebido pela expropriação do bem. Como se sabe, a responsabilidade solidária decorre de previsão legal ou contratual nos termos do art. 265 do Código Civil. Como o regulamento de interesses, no caso de venda judicial, se dá por meio de um edital, em regra não há este tipo de previsão, mas nada impede que o juiz fixe uma regra de responsabilidade solidária entre o executado e o credor. Todavia, situação mais comum é que este tipo de previsão não conste do edital, aplicando, nesse caso, a responsabilidade subsidiária. Por outro lado, não há na legislação previsão de solidariedade entre o executado e o exequente para o caso de evicção em hasta pública, aliás a lei sequer indica o responsável, de tal forma que a solidariedade legal fica afastada. Sendo assim, a única possibilidade de existir solidariedade é constar uma previsão neste sentido no edital de praça, o que dificilmente acontecerá.

## **CONCLUSÕES**

O Código Civil de 2002 reinaugurou o estudo sobre a garantia por evicção em hasta pública, ao prever, expressamente, em seu art. 447, a sua subsistência neste tipo de modalidade aquisitiva da propriedade. Buscou-se, neste estudo, apresentar uma releitura da natureza jurídica da venda forçada, por meio da metodologia civil-constitucional, a fim de superar a antiga e duradoura discussão, não mais aplicável no direito contemporâneo, se a arrematação é ou não uma figura contratual. Importante é investigar a natureza jurídica como um *posterius* e, assim, admitir o caráter complexo deste procedimento que produz efeitos nas mais variadas áreas do direito, e é indispensável para o adimplemento das obrigações e fortalecimento do sistema de crédito.

Há, sem dúvida, um número incontável de ações judiciais cujas soluções dependem do procedimento da hasta pública, sendo imprescindível para o seu êxito que seja uma aquisição segura, tanto para o adquirente que saberá de antemão quais normas poderão incidir para solução de eventuais litígios decorrentes da aquisição judicial, quanto para o credor, pois as chances de êxito na venda dos bens

aumentarão por despertar maior interesse de terceiros interessados, contribuindo, conseqüentemente, para solução de um número mais expressivo de processos de execução diante da arrecadação de dinheiro destinado ao pagamento dos créditos perseguidos perante o judiciário.

Não se pretende, aqui, desprezar os estudos anteriormente realizados sobre a natureza jurídica da arrematação, ao contrário, eles são valiosíssimos e, apenas porque eles existem, é possível apresentar uma nova roupagem para o instituto. Não se propõe uma nova leitura no estudo do tema por mero capricho, mas como consequência da evolução do próprio direito e da própria alteração legislativa. A inclusão pelo legislador de subsistência da garantia por evicção em hasta pública tem uma razão e precisa ser investigada pela doutrina de uma maneira diversa daquela anteriormente realizada, quando não havia previsão igual ou semelhante, pois, a ideia central naquela época, era, quando muito, assegurar ao arrematante o direito de reaver o que pagou por não ser hipótese de evicção.<sup>264</sup> Recorria-se, portanto, ao instituto do enriquecimento sem causa, afastando-se, assim, todas as consequências da evicção. A partir do momento em que o legislador modificou este cenário, parece claro a necessidade de reavaliar a natureza jurídica da hasta pública, para evitar contradições, visto que a evicção é um instituto relacionado aos contratos, ao contrário da arrematação. Por isso, buscou-se demonstrar se tratar a arrematação de um procedimento complexo com produção de efeitos nos mais variados campos do direito, inclusive no direito civil, cujo caso concreto determinará quais normas desse “setor” podem ou não ser aplicadas nas vendas judiciais decorrentes de processo executivo.

Como consequência deste ponto de vista, houve a necessidade de rever o enquadramento realizado pela jurisprudência dominante, inclusive do STJ, de considerar a arrematação judicial como modo originário de aquisição. Aqui, principalmente, houve forte crítica a este posicionamento jurisprudencial, pois, em nossa opinião, a arrematação ou venda forçada está inserida no conceito de transmissão. Como visto, o juiz determina a penhora do direito que o executado tem sobre o bem, sendo este submetido à hasta pública e, no caso de arrematação, transferido ao adquirente. São, portanto, os mesmos direitos pertencentes ao executado objeto de transferência ao arrematante, levando isto a concluir não se tratar de aquisição originária, que tem por característica não guardar relação com o

<sup>264</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*, cit, p.108/116, p.124

direito precedente, por ter uma causa diversa. Se não há na arrematação um fato constitutivo próprio, concluiu-se não se tratar de modo originário, e sim derivado de aquisição.

Se a arrematação é modo derivado de aquisição, como parece ser, advém daí muitas consequências, entre elas a incidência da evicção, cujo fato da evicção não teria como ocorrer em aquisição originária, ou seja, sem haver uma transmissão. Neste sentido, tornou-se fundamental analisar a hasta pública sob uma perspectiva funcional, cuja conclusão foi no sentido de que a venda forçada, embora diversa da venda voluntária no aspecto estrutural, tem muitas semelhanças com esta na função que desempenha no sistema jurídico. Ambas modalidades aquisitivas têm por função prático-social a transferência de um direito contra o pagamento de um preço, tendo, assim, os mesmos efeitos essenciais que são a transferência de um bem mediante o pagamento de um preço. Por essa razão, seria possível aplicar, ao menos em abstrato, a normativa da compra e venda aos bens adquiridos judicialmente por meio de hasta pública quando houver omissão legislativa sobre a normativa aplicável à venda forçada e, evidentemente, compatibilidade daquelas normas com este tipo de aquisição, como, por exemplo, os vícios redibitórios.

Com a verificação de que a evicção incide nas vendas forçadas, verificou-se que a evicção, especialmente diante da transformação do conceito de obrigação, enquadra-se na categoria de inadimplemento contratual, ou melhor, como inexecução (gênero) pela simples falta de adimplemento, que goza, contudo, de um regramento próprio e específico, e apenas quando necessário se utiliza do arcabouço normativo para os casos de inadimplemento - subsidiariamente, portanto.

Buscou-se, também, demonstrar que o “cumprimento da obrigação”, qual seja, o ingresso do direito no patrimônio do adquirente, não pode servir como argumento para afastar a garantia, uma vez que a perda do bem, ainda que após o seu ingresso no patrimônio do adquirente, não pode caracterizar adimplemento e liberar o devedor do vínculo ao qual se encontrava adstrito. Por tais razões, é necessário ter cuidado na análise sobre o que representa adimplemento, porque este, atualmente, não pode mais ser visto como simples realização da prestação principal que acarreta a extinção do vínculo obrigacional.

O adimplemento deve ser perfeito, isto é, o direito transmitido deve ser útil ao fim proposto, livre de vícios, e apto a desempenhar a sua função. Quando isto não ocorre, mesmo que o vício seja anterior e que se manifeste depois da

transmissão do direito em razão de uma ação de terceiro, tal como ocorre com a evicção, o adimplemento não foi perfeito, sendo hipótese de inexecução contratual. Portanto, não é correto afirmar que, com a transferência do bem, a relação jurídica encontra-se extinta e não se pode mais falar em “inadimplemento”. O adimplemento, portanto, não está subordinado ao cumprimento da prestação devida, mas da produção do resultado útil programado. Diante da perspectiva funcional, o inadimplemento pode perfeitamente ser verificado após o cumprimento da prestação principal, resultar inclusive na chamada responsabilidade pós-contratual, atingindo às partes de uma relação obrigacional supostamente extinta.

Quanto ao conceito de evicção, verificou-se, em primeiro lugar, que o fato da evicção não se confunde com a garantia, sendo necessário para ocorrência do primeiro que o adquirente seja privado do direito que lhe fora transmitido, por meio de uma de uma ação de terceiro, em razão de um vício que contamina este direito. A garantia, por sua vez, é o conjunto de medidas que o legislador disponibiliza ao adquirente, quando este perde o direito que lhe fora transferido em razão do fato da evicção, lembrando que o termo garantia é aqui utilizado em sentido amplo e não guarda relação com as garantias de crédito.

Estudaram-se, em seguida, os requisitos da evicção, cuja conclusão foi a seguinte:

a) é necessária a existência de contrato oneroso ou hasta pública para sua caracterização;

b) é indispensável que ocorra a privação total ou parcial do direito transferido ao adquirente, ou seja, a perda total ou parcial do direito transmitido;

c) a existência de uma sentença judicial reconhecendo um direito preexistente em relação àquele transferido não é imprescindível, podendo a evicção ocorrer em outras possibilidades, como, por exemplo, no caso de apreensão de veículos por autoridade Administrativa ou a desapropriação promovida também por autoridade Administrativa;

d) a denúncia da lide não é obrigatória para fazer valer o direito do evicto, pois a norma visa facilitar e possibilitar ao evicto uma reação rápida para assegurar o seu direito de regresso, economizando-se assim o tempo que perderia com o ajuizamento de uma nova ação judicial para o exercício da garantia. A falta de denúncia não impede, portanto, o exercício da garantia. Aliás, como se viu, o Novo Código de Processo Civil modificará significativamente o instituto da

denúnciação da lide, inclusive no âmbito da evicção, cujas principais mudanças, caso inexistas alterações no período da *vacatio legis*, serão:

a) revogação do art. art. 456, excluindo-se a chamada denúnciação da lide por saltos;

b) supressão da expressão “obrigatória” da denúnciação da lide no caso de evicção, tornando-a, portanto, facultativa,<sup>265</sup> encerrando, assim, a divergência em torno da obrigatoriedade da denúnciação da lide no caso de evicção;

c) possibilidade de denúnciação da lide sucessiva, mas limitada a uma única vez, ou seja, o denunciado sucessivo não poderá promover nova denúnciação, de modo que eventual direito de regresso, deverá ser buscado por ação autônoma;

d) o art. 128, II do NCPC reproduziu a parte final do parágrafo único do art. 456 do CC, cessando com isso o aparente conflito existente entre este dispositivo e o art.75, II do CPC. Desse modo, se o denunciado for revel o denunciante pode deixar de prosseguir com sua defesa, eventualmente oferecida, e abster-se de recorrer, restringindo sua atuação à ação regressiva.

No que tange à exclusão da garantia prevista no art. 448 do CC, verificou-se a sua compatibilidade com o procedimento judicial de hasta pública, uma vez que o edital de praça é um instrumento público e que divulga todas as informações acerca do procedimento de venda. Sendo assim, é possível ocorrer o fato da evicção, mas não ter o evicto direito à garantia. Essa exclusão, no entanto, sofre limites impostos pela própria lei que exige previsão expressa de exclusão da garantia, e ainda assim, assegura ao adquirente à restituição do preço (art. 449, CC). A exclusão total da garantia só ocorre se constar cláusula expressa somada ao conhecimento do risco pelo adquirente, situação em que o alienante fica isento de toda e qualquer responsabilidade. Uma terceira possibilidade que não acarreta a exclusão total da garantia, e conseqüentemente assegura o recebimento do preço pago, ocorre quando há cláusula expressa de exclusão e o adquirente, informado do risco de evicção, não o assume.

É possível, portanto, ocorrer o fato da evicção, mas não ter o evicto direito à garantia se constar cláusula expressa de exclusão e conhecimento que a coisa era alheia ou litigiosa. Nesse caso, a posição do adquirente seria a mesma daquela

---

<sup>265</sup> Art. 125. É admissível a denúnciação da lide, promovida por qualquer das partes: I- ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos da evicção lhe resultam;

decorrente de um contrato aleatório, onde o risco é inerente ao negócio e eventual perda não gera direito à indenização.

Entretanto, não se pode confundir a exclusão da garantia pelo exercício da autonomia privada, prevista no art. 449 do CC, com a exclusão legal prevista no art. 457 do CC. No primeiro caso, é necessário existir cláusula expressa para operar a exclusão da garantia, e dependendo do que for convencionado pelas partes, aplicar-se-á ou não a exclusão da restituição do preço. No segundo caso, a exclusão ocorre independentemente de cláusula expressa e quando esta não estiver presente no regulamento de interesses, eis que, quando presente, incidirá uma das três opções indicadas no tópico destinado ao estudo desse tema. Portanto, não havendo cláusula expressa de exclusão, aplica-se o disposto no art. 457 do CC, de tal maneira que se o adquirente sabia que a coisa era alheia ou litigiosa, e mesmo assim a adquiriu, fica o alienante isento de toda e qualquer responsabilidade, inclusive a de devolver o preço, pois assumiu o risco de sofrer evicção.

Por fim, verificou-se quem responde pela evicção em hasta pública, visto que o art. 447 do CC silencia a respeito. Entre os possíveis responsáveis estão o exequente/credores e o executado, respondendo o Estado apenas no caso de erro judiciário no procedimento de venda do bem. A responsabilidade do exequente/credores, de uma maneira geral, fica limitada aos valores por ele recebidos em razão da arrematação, mas, dependendo do interesse por trás do crédito, se patrimonial ou existencial, esta devolução pode até mesmo ficar afastada, cabendo ao adquirente buscar a sua indenização perante o executado. O critério de maior relevância para afastar a responsabilidade do Estado e do exequente/credores é que estes não fazem parte da cadeia de alienação a qual a evicção está vinculada. Todavia, verificou-se que as certidões apresentadas em Juízo para realização da venda judicial, os termos do edital de praça e a distribuição do produto da arrematação podem influenciar essa regra.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES VARELA, J. M. *Das obrigações em geral*, vol.2, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ASSIS, Araken de. Dano positivo e negativo na dissolução do contrato. *Revista do Advogado*, n. 44/20-23, São Paulo, out/1994.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Teoria e prática do processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1ª tiragem, 1988.
- BARBERIS, Mario Ricca. *L'ambito dell'obbligo della garanzia per evizione* in *Rivista di Diritto Civile*. Milano: Società Editrice Libreria, 1916.
- BARBERIS, Mario Ricca. *Trattato della Garanzia per Evizione*. Torino: Torino, 1958.
- BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Servanda Editoria. Campinas–SP: Servanda, 2008.
- BIANCA, Massimo. *La vendita e la permuta*, Torino: Unione Tipografica, 1972.
- BISCONTINI, Guido. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti: il problema della donazione mista*. Napoli: E.S.I. 1981
- BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Servanda Editoria. Campinas –SP: Servanda Editoria, 2008.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Coisas*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, reedição publicada em 2003 na Coleção *História do Direito Brasileiro* do Conselho Editorial do Senado Federal.
- BEZERRA de Melo, Marco Aurélio. *Novo código civil anotado: contratos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. v. III. t. I.
- BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*; Tradução de VERSIANI, Daniela Beccaccia. Baueri: Manole, 2007.

BONSIHORI, Angelo. *Il Codice Civile Commentario* direto da Pietro Schlesinger. Art. 219-2929. Milano: Giuffrè, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Evicção do bem arrematado em hasta pública*. In: Estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Coord. Fredie Didier Jr., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, 21 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. [\*Instituciones del proceso civil\*](#). traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo - Imprenta: Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, vol. III, Buenos Aires: UTEHA, 1944.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Processo di esecuzione, II, Padova, 1931.

CATERINA, Miraglia. *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*. Napoli: E.S.I., 1981.

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*, vol.2, t.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica della espropriazione forzata*, in Saggi di diritto processuale civile, II, Roma, 1931.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

COVIELLO, Nicola. *Manuale di diritto civile italiano*. 3ª ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1924.

COVIELLO, Nicola. *Della Trascrizione*, t. II.

DEGNI, Francisco. *La Compra-Venta*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

DE MARTINI, Angelo. *Novissimo Digesto italiano*. Organizado por Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: UTET, 1957, v. VI.

DIDIER, Fredie. *Regras Processuais no Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídicos-reales del embargo de bienes inmuebles em la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2005.

FILHO, Paulo Barbosa de Campos. *Da evicção do arrematante*. São Paulo, 1946.

FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Ed. Morano: Napoli: Morano.

FERRI, G. *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Resigno, V. 11, t.3.Torino: UTET, 1992.

GALBETTI, Luiz Mario e VANZELLA, Rafael. *Contrato de Garantia e Garantias Autônomas*. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro, nº 157, janeiro-março de 2011, Ano L, Malheiros.

GAUDENZI, Guido. *La vendita forzata e la garanzia per evizione*, Rivista di Diritto Privato, n. 2, CEDAM, Padova, 1933.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. Atualização Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. *Direitos das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 3, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil português*, v. 8, t. II, 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1962.

GORLA, Gino. *La compravendita e la permuta*. Torino: Torinese, 1937.

GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GODIM, Regina B. *Da evicção*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ªed, Milano: Giufre, 1999.

JACCHERI, Elena. *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo: riflessioni alla luce della modifica dell'ART.586 codice di procedura civile introdotta della legge 12 luglio 1991 n.203* Rivista di diritto processuale, Padova, s.2a.48n.3(Luglio-Settembre1993),

JORDANO BAREA, J. *Uma relación sobre la posesión in Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, nº4, 1986.

JÚNIOR. Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor* (Resolução). São Paulo: Aide, 2000.

JUNIOR, Fredie Didier. *Regras Processuais no Código Civil: aspectos da influência*

- do Código Civil de 2002 na legislação processual*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2: Processo de Execução e Processo Cautelar Ed. 38ª. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KONDER, Carlos Nelson. *A proteção pela aparência como princípio*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) *Princípio do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.116/119.
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*, São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 1973.
- LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*, vol. III, 6ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996.
- LUZZATTO, Ruggero. *La Compravendita*. Torino: Torinese, 1961.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Evicção: a prestação como dever de resultado na concreção da justiça contratual*. In *Teoria Geral dos Contratos* (Coord. LOTUFO e NANINI, Giovanni Ettore) São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. V, Tomo II: do inadimplemento das obrigações, Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART Sérgio Cruz. *Processo de Execução*, vol. 3. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- MATIAS, Armindo Saraiva. *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, nº 107, julho-setembro de 1997, Ano XXXVI, Malheiros.
- MAURO, Roberta. *A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens*, in *Diálogos sobre Direito Civil*, volume II, Organizadores: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Renovar. 2008,
- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. t. II, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, volume terzo – parte prima. Milano: Giuffrè, 1953.
- MIRABELLI. *Dei singoli contratti*, in *Commentario del Codice Civile*, Torino, UTET, 1968.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo X. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto*. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 46, Rio de Janeiro: Padma, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações, 2ª Parte. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. VI, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A Constitucionalização do Direito Civil*. Revista Brasileira de Direito Comparado, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volumes I a VI, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*; Tradução de CICCIO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002.

PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano: Giuffrè, 1935.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1954.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RENTERIA, Pablo Waldemar. Tese de doutorado em Direito Civil da UERJ: *o Direito de penhor, realidade, função e autonomia privada*, Rio de Janeiro, 2014.

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*, 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2011.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. 4ª ed. rev. e atualiz. Barueri, SP: Manole, 2010.

RUBINO, Domenico. *La Compravendita in Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, volume XXIII. Milano: Giuffrè. 1971.

RUSSO, Ennio. *Evizione e Garanzia*. Napoli: E. S. I, 1987.

SATTA, Salvatore. *La Rivendita Forzata*, 1933

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. Vol. I a IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4ª ed. 1961.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol XII, 13 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988.

SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos in Obrigações: Estudos na perspectiva do Direito Civil Constitucional* (Coord. Gustavo Tepedino). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo, Atlas, 2013.

SOUZA, de Mário Guimarães. *Theoria geral da arrematação*. Recife: Diario da Manhã, 1940.

TELES, Galvão. *Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão*, nº7, p. 43, Lisboa, 1965

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar. v. II, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: Direitos das Coisas*. Azevedo. Antônio Junqueira (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Aquisição a non domino e os efeitos do tempo na cadeia de transmissão imobiliária* in *Soluções Práticas de Direito: pareceres*, volume I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Hermenêutica contratual no equilíbrio econômico dos contratos*. In: *Soluções práticas de direito: pareceres*. V.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*, vol. IV. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil* in *Temas de Direito Civil*, vol. I, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento* in *Temas de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 857.

TUHR, Andreas Von. *Derecho civil: teoria general del derecho civil aleman* / Andreas Von Tuhr; prólogo por el Professor Tullio Ascarelli; traducción por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma. 1947.