

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ROBSON RAFAEL DA SILVA OLIVEIRA

**BENS DE FAMÍLIA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
DE IMÓVEL**

SOUSA/PB
2016

ROBSON RAFAEL DA SILVA OLIVEIRA

**BENS DE FAMÍLIA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
DE IMÓVEL**

Trabalho de conclusão curso como requisito para graduação no curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Mestre Admilson Leite de Almeida Júnior

**SOUSA/PB
2016**

ROBSON RAFAEL DA SILVA OLIVEIRA

**BENS DE FAMÍLIA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
DE IMÓVEL**

Data de Aprovação:

05/10/2016

Banca Examinadora:

**Mestre Admilson Leite de Almeida Júnior
Professor Orientador
Universidade Federal de Campina Grande**

**Dra. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes
Professora Examinadora
Universidade Federal de Campina Grande**

**Dra. Maria dos Remédios Lima Barbosa
Professora Examinadora
Universidade Federal de Campina Grande**

DEDICATÓRIA

À minha esposa Amanda, que ao longo de meus estudos sempre esteve ao meu lado, sempre com paciência quando não podia lhe dar a devida atenção. Aos meus pais, Feliciano e Elisabete, por sempre acreditarem em mim e pelo incentivo que recebi ao longo dos anos de curso. E por fim, aos meus irmãos, Ravena e Pedro Henrique, por todo apoio que me deram.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pela oportunidade de estar concluindo este trabalho. Agradeço especialmente meu professor-orientador, Mestre Admilson Leite de Almeida Júnior, pela inestimável orientação para elaboração desta obra, sempre com paciência e disposição.

RESUMO

A pesquisa analisou o Instituto impenhorabilidade do bem de família (Lei 8.009 / 90) e alienação fiduciária de imóveis (Lei 9.514 / 97), e salientou os aspectos gerais de cada instituto. O instituto da alienação fiduciária de imóveis não está prevista como exceção a impenhorabilidade do bem de família, hipóteses que são previstas no art. 3º, da Lei 8.009/90. O instituto do bem de família não deve e nem pode ser utilizado deliberadamente por devedores de má-fé para esquivar-se de suas obrigações. Não age de má-fé família que aliena fiduciariamente seu único imóvel. Por ter estrutura técnica-jurídica e econômica, cabe à instituição financeira o cuidado de verificar a situação dos imóveis que lhe servirão de garantia, para melhor proteção do crédito. Seu objetivo principal é compreender o aspecto da impenhorabilidade de um imóvel considerado bem de família dado em garantia fiduciária a uma instituição financeira. A pesquisa objetiva analisar os fundamentos e os aspectos gerais do bem de família legal, instituído pela Lei 8.009/90 como de ordem pública; discutir sobre a alienação fiduciária de imóveis, tratando do seu papel nos contratos bancários; e analisar a situação do bem de família no contrato de alienação fiduciária de imóveis, verificando a possibilidade da transferência de titularidade para a instituição financeira credora em caso de inadimplência. Metodologicamente, pela própria natureza da matéria, a pesquisa foi baseada, eminentemente em pesquisa bibliográfica, legislativa, jurisprudencial e análise de textos, de forma exploratória. A técnica de pesquisa utilizada foi a documentação indireta, tendo sido levantado diversos dados sobre o assunto pesquisado nesta obra. A partir do método dedutivo, partiu-se de um princípio geral (norma de ordem pública, *numerus clausus*) para chegar-se a uma compreensão particular sobre o tema. Conclui-se que o imóvel bem de família alienado fiduciariamente mantém sua cláusula de impenhorabilidade. Identifica-se que, com base no Código de Defesa do Consumidor, é de responsabilidade das instituições financeiras credoras verificarem as condições jurídicas do imóvel.

Palavras-chave: Impenhorabilidade; Bem de família; Alienação Fiduciária; Consumidor.

ABSTRACT

The research analyzes the unseizability Institute of family well (Law 8.009 / 90) and chattel real estate (Law 9.514 / 97), and pointed out the general aspects of each institute. The Institute of liens on real estate is not intended as an exception to immunity from seizure of good family, assumptions that are provided for in art. 3 of Law 8,009 / 90. The family and the institute can not and should not be used deliberately by borrowers in bad faith to evade their obligations. Does not act in bad faith family that alienates fiducially his only property. By having technical-legal and economic structure, it is the financial institution careful to check the status of real estate that will serve you guarantee, to better credit protection. Its main objective is to understand the aspect of immunity from seizure of property considered a family asset given as loan guarantees to a financial institution. The research aims to analyze the fundamentals and the general aspects of good legal family, established by Law 8.009 / 90 as a public order; discuss the liens on real estate, dealing with its role in banking contracts; and analyze the family and the situation in liens on real estate contracts, verifying the possibility of transfer of title to the creditor bank in case of default. Methodologically, by the very nature of matter, the research was based essentially on literature, legislative, judicial and analysis of texts in an exploratory manner. The research technique used was indirect documentation, having been raised several data on the subject researched in this work. From the deductive method, it sets off is a general principle (rule of public policy, numerus clausus) to get to a particular understanding of the topic. We conclude that the good of family property sold fiduciary maintains its unseizability clause. it is identified that, based on the Consumer Protection Code, is the responsibility of the creditor financial institutions verify the property's legal conditions.

Keywords: Unseizability; Well Family; Fiduciary Alienation; Consume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. BEM DE FAMÍLIA.....	11
1.1. Conceito e Fundamentos.....	12
1.2. Aspectos gerais do bem de família.....	15
1.3. Bem de família: norma cogente de ordem pública.....	23
2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS.....	27
2.1. Conceito e natureza jurídica	27
2.2. Aspectos Gerais.....	31
2.3. Alienação fiduciária de imóveis nos contratos bancários.....	36
3. BENS DE FAMÍLIA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS.....	39
3.1. Exceção prevista no art. 3º, inciso II, da Lei 8.009/90.....	39
3.2. Da impenhorabilidade do bem de família alienado fiduciariamente.....	41
3.3. A boa-fé e a impenhorabilidade do bem de família.....	47
3.4. A solução está pelo Código de Defesa do Consumidor?.....	49
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, houve um notório crescimento do mercado financeiro e imobiliário, importantes para a economia nacional. Diante de tal crescimento, tornou-se imperioso analisar, comparar e solucionar conflitos entre dois institutos relacionados: a alienação fiduciária de imóveis, regulado pela Lei 9.514/97 e o bem de família e sua impenhorabilidade, tutelado pela Lei 8.009/90. Neste sentido, este trabalho verificará a possibilidade ou não de um bem imóvel, sendo considerado bem de família legal e dado em garantia através do instituto da alienação fiduciária, ter sua titularidade transferida para a instituição financeira credora de financiamento.

Antes de 1997, a principal garantia aos financiamentos envolvendo bens imóveis era a hipoteca. No entanto, este tipo de garantia dependia do poder judiciário para a sua efetivação, o que poderia levar anos para ser efetivamente executado. Com o advento da lei 9.514/97, foi criado o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) e regulado o instituto da alienação fiduciária de imóvel. Esta forma de garantia dispensa o acionamento da justiça, operando da seguinte forma: a titularidade do imóvel dado em garantia é passado para a instituição financeira credora, ficando o devedor na posse direta do imóvel, enquanto perdurar a dívida. Não satisfeita a dívida, a titularidade definitiva é passada a instituição e o imóvel deverá ir a leilão.

Por sua vez, a lei 8.009/90 instituiu o bem de família legal e sua impenhorabilidade, dispondo que o único imóvel que serve de residência para o casal ou entidade familiar é impenhorável por dívida de qualquer natureza. Malgrado a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso II da referida lei, esta obra também visará a análise de situações quando o financiamento para fim diverso da construção/aquisição do imóvel alienado fiduciariamente. Da lei 9.514/97, extrai-se que a alienação fiduciária de bem imóvel pode ser utilizada para garantir qualquer espécie de obrigação assumida pelo proprietário, constituindo modalidade de garantia real que não está vinculada, necessariamente, aos contratos de financiamento imobiliário.

O estudo dos institutos da alienação fiduciária e do bem de família serão abordados, de início, separadamente, sendo-lhes apresentados o conceito, natureza jurídica e características de cada um. Serão estudados ainda os contratos bancários. Por fim, como o objetivo central, em certos casos, a prevalência ou não do instituto

da alienação fiduciária de imóvel sobre o bem de família, quando os mesmos estiverem em conflito. Foram utilizados diversos critérios na análise, tais como a hermenêutica (interpretação sistemática e teleológica), princípios (*pacta sunt servanda*, dignidade da pessoa humana) e direitos fundamentais, tais como a moradia e a proteção familiar.

Buscar-se-á fazer uma interpretação teleológica do que seja bem de família para que seja protegido o direito fundamental à moradia, a proteção à família e a dignidade da pessoa humana, garantidos constitucionalmente. Por outro lado, o instituto da alienação fiduciária de imóvel promove a segurança jurídica necessária para as operações de crédito, importante para a saúde econômica.

A análise da possibilidade ou não da transferência de titularidade para a instituição financeira, em caso de inadimplência, de imóvel alienado fiduciariamente, porém legalmente considerado bem de família deve ser realizada para pacificar o tema. Deve-se, ainda, evitar distorções na utilização dos institutos, de um lado, para garantir real proteção ao direito de moradia, de outro, para evitar a prática de aquisição de financiamento com má-fé do devedor, com abuso do instituto do bem de família.

Abordar-se-á as questões sobre a possibilidade de renúncia pelo casal ou entidade familiar à proteção conferida pela Lei 8.009/90 (bem de família) bem como sobre a aplicação análoga da exceção prevista no art. 3, inciso V, da referida lei, em função da similaridade da alienação fiduciária e a hipoteca. Verificar-se-á, ainda que a instituição do bem de família visa proteger não o devedor ou a propriedade em si, mas sim o direito fundamental a moradia e a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, no primeiro capítulo analisar-se-á o instituto do bem de família e sua impenhorabilidade, bem como a Lei 8.009/90.

No segundo capítulo identificar-se-á os aspectos gerais da alienação fiduciária de imóveis, bem como sua utilização nos contratos bancários, como garantia utilizada pelas instituições financeiras.

Por fim, no último capítulo, verificar-se-á a possibilidade ou não da transferência de titularidade para instituição financeira credora de um imóvel alienado fiduciariamente, porém considerado bem de família.

Metodologicamente, pela própria natureza da matéria, a pesquisa foi baseada, eminentemente em pesquisa bibliográfica, legislativa, jurisprudencial e análise de textos, de forma exploratória. A técnica de pesquisa utilizada foi a

documentação indireta, tendo sido levantado diversos dados sobre o assunto pesquisado nesta obra. A partir do método dedutivo, partimos de um princípio geral (norma de ordem pública, *numerus clausus*) para chegarmos a uma compreensão particular sobre o tema.

1. BEM DE FAMÍLIA

O bem de família, conforme conhecemos hoje, é um instituto recente, surgido no início do século XVIII. Nativo do direito americano, originou-se no estado do Texas, que primeiro editou lei sobre o assunto, em 26 de janeiro de 1839. De acordo com a pesquisa de Marmitt (1995, p. 17), a lei referida lei conferia “proteção especial ao domicílio da família do agricultor, contra crises econômicas e a falta de sorte na vida”. Logo depois, em 20 de maio de 1862, a lei texana foi adotada por toda a América.

No entanto, na Antiga Roma, existia uma instituição semelhante, porém de cunho religioso. Era uma forma bastante rudimentar, sendo a propriedade intimamente ligada à religião. Assim, relata Azevedo (2002, p. 21) que:

(...) no Direito Romano, no período da República, havia proibição de alienar patrimônio da família, pois todo ele tinha caráter de inalienabilidade, dados os rígidos princípios de perpetuação dos bens dos antepassados, que se consideravam sagrados.

Credie (2009, p. 13) complementa que:

O devedor inadimplente, em Roma, poderia ser vendido como escravo (...) pelo credor. Com o correr dos séculos, entretanto, foram-se amainando as disposições desumanas. Proibiu-se a lesão à incolumidade física, bem como a coação da pessoa humana a realizar pela força atos de execução; por fim, certos bens deixaram de ser executáveis, tais quais os impenhoráveis por lei.

No Brasil, o instituto do bem de família demorou a florescer. De acordo com Marmitt (1995, p. 18) “A primeira sugestão ocorreu em 1900, por iniciativa do Conselheiro Barradas, mas só mais tarde, em 1916, o instituto foi efetivamente integrado em nosso Código Civil”.

Atualmente, está disciplinado tanto no Código Civil de 2002, quanto na Lei 8.009/90, que será estudada no decorrer deste capítulo.

1.1. Conceito e Fundamentos

A conceituação precisa de bem de família é bastante complexa, especialmente por se basear em diversos princípios. Direito de propriedade, proteção à família, direito fundamental a moradia e a dignidade de pessoa humana, são os principais fundamentos que alguns estudiosos se baseiam para tentar conceituar o instituto do bem de família. Para Marmitt (1995, p. 15):

Bem de família legal é o imóvel destinado por lei a servir de domicílio da família, ficando isento de execução por dívidas, exceto as relativas a impostos incidentes sobre a mesma propriedade. É benefício automático e obrigatório, não necessitando de nenhuma iniciativa do proprietário. Toda e qualquer família que dispõe de apenas um imóvel em que reside terá assegurada a garantia de imunidade contra a penhora por dívida de qualquer membro do seu núcleo familiar.

Logo, o bem de família legal é instituído pelo Estado, mediante diploma legal, e de ordem pública. Protege o imóvel que serve de moradia ao núcleo familiar contra a penhora por dívidas de qualquer natureza, contraídas por qualquer membro da família, observadas as exceções que a lei dispuser. No Brasil, a Lei 8.009/1990 é a que trata sobre a impenhorabilidade do bem de família, dispondo em seu art. 1º:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

A referida lei ampliou o conceito que até então se tinha sobre bem de família, que não depende mais de instituição voluntária, através das formalidades previstas no Código Civil. Não é mais necessária qualquer ação do núcleo familiar junto ao Registro de Imóveis para instituir o bem de família, uma vez que o instituidor desta modalidade foi o próprio Estado, através de uma norma de ordem pública, em defesa da família.

Segundo Marmitt (1995, p. 15), “a razão fundamental da lei que instituiu o bem de família legal é proteger o direito de propriedade dos que tem um só imóvel, do qual dependem para abrigar a família”. Acredita-se, porém, que o fundamento do instituto é bem mais amplo que o direito de propriedade. O direito de propriedade, por si só, não deve ser protegido em detrimento dos credores ao qual a entidade familiar ou algum membro desta possui dívidas. Esse fundamento, por si só, não é válido.

O instituto do bem de família visa proteger e defender o núcleo familiar, base e sustentáculo da sociedade civil, que segundo a Constituição Federal, tem especial proteção do Estado (CFRB/88, art. 226). Assim, criou o Estado, através da lei, ferramentas eficazes para a proteção da família e principalmente de seu lar, este que é a última proteção humana. Defende-se, também, o direito à moradia, que é reconhecido constitucionalmente como um direito social, bem como a casa, o asilo inviolável do indivíduo. Neste sentido, Dias (2013, p. 627) explica que “o direito à moradia é considerado um dos direitos da personalidade inerentes à pessoa humana, que como pressuposto do direito à integridade física, que como elemento da estrutura moral da pessoa”. Complementa, Dias (2013, p. 627), que “a moradia é tutelada como objeto de direito, tratando-se de um direito subjetivo, representando um poder da vontade e que implica no dever jurídico de respeito daquele mesmo poder por parte dos outros”.

Sendo a impenhorabilidade do bem de família, além de uma defesa ao núcleo familiar, uma proteção ao direito à moradia, garantido constitucionalmente, os tribunais vem decidindo que a lei não exclui da proteção às famílias monoparentais, que moram sozinhos. Logo, segundo a jurisprudência, com destaque para o acórdão abaixo colacionado:

É impenhorável, por efeito, do preceito contido no art. 1º da Lei n. 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário. A interpretação teleológica do aludido dispositivo legal revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. (STJ, ED-REsp 182.223-SP, Corte Especial, rel. Min Humberto Gomes de Barros, DJU, 7-4-2003, RT, 818/158.

No mesmo sentido, Dias (2013, p. 627) nos mostra que:

Mesmo que a Constituição assegure especial proteção à família, sua maior responsabilidade é com o cidadão. O enfoque central do ordenamento jurídico é o **ser humano**. Apesar a expressão “bem de família” dar a entender que o instituto se destina à proteção da entidade familiar, passou a justiça a reconhecer que é um instrumento de proteção a pessoa do devedor, tendo ele ou não família, morando ou não sozinho.

Esse entendimento foi firmado com a edição da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencentes a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Vê-se, portanto, que todos os residentes, sujeitos do bem de família, são beneficiários da proteção especial, tendo em seu favor a impossibilidade de apreensão judicial.

A dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal, também fundamenta o instituto do bem de família. Este princípio, que norteia todos os outros, visa garantir um mínimo existencial para o ser humano, sem o qual não é possível viver. Segundo Dias (2013, p. 628):

Os novos valores a serem protegidos pelo bem de família pode ser resumidos na noção de mínimo vital, que visa a preservar as bases de dignidade do devedor para que possa recomeçar a vida, mantendo íntegra a sua personalidade. O princípio da dignidade humana leva o Estado a garantir o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Logo, o Estado deve buscar instrumentos que possam garantir o mínimo existencial de cada ser humano. Nesse interim, buscam-se mecanismos que proteja o devedor, porém evitando a frustração do credor. O conceito de “mínimo vital”, citado por Dias, traduz-se na necessidade de cada indivíduo em possuir um patrimônio mínimo, que não deva ser tomado, garantindo a dignidade do devedor de boa-fé que com muito esforço auferiu patrimônio para proteger sua família.

O mínimo existencial e o “mínimo vital” se traduz em direito a propriedade, à proteção familiar e a moradia, direitos estes protegidos pela lei que garante a impenhorabilidade do bem de família.

1.2. Aspectos gerais do bem de família

Existem duas espécies de bem de família: voluntário e o obrigatório ou legal. O bem de família voluntário está disposto no artigo 1.711 do Código Civil, que dispõe que:

Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço de seu patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantida as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

O dispositivo em apreço permite que os cônjuges e entidade familiar constituir bem de família parte do patrimônio que julgar mais importante ao núcleo familiar, através de escritura pública ou testamento, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. No entanto, note-se que ficam mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

A pesquisa está baseada principalmente no bem de família legal, primeiro, pois tratar-se-á especificamente do imóvel em que reside o núcleo familiar, cujo citado art. 1.711 do Código Civil dispõe que as regras serão tratadas em lei especial; segundo, porque o bem de família convencional está praticamente em desuso, visto que raramente as famílias tem a preocupação de instituir voluntariamente o bem de família nos termos do Código Civil.

A lei especial que vigora atualmente é a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Trata a referida lei, portanto, do bem de família legal ou obrigatório. A lei tem caráter protetivo, com o objetivo de garantir o mínimo necessário à sobrevivência da família. Nas palavras de Dias (2013, p. 633), “O Estado chama para si o dever de proteção que antes era deixado ao arbítrio do chefe de família, a quem incumbia a constituição voluntária do bem de família”. E conclui, Dias (2013, p. 633), que:

é necessário estender o instituto a todas as estruturas familiares. Não há como focar o instituto somente como proteção a este ou aquele modelo

de entidade familiar, nem mesmo à família do devedor, por não ter sido ela quem diretamente contraiu a dívida.

A autora acima tenta explicar que a proteção do Estado deve ser estendida a todos os tipos de famílias, desde as monoparentais às homoafetivas. Este vem sendo, inclusive, o entendimento dos tribunais, conforme explicitado em linhas pretéritas.

O diploma legal brasileiro que instituiu o bem de família, a Lei 8009/2016, dispõe em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Da análise do citado artigo, extrai-se que, salvo nas hipóteses previstas na própria lei, o imóvel considerado bem de família não responde por qualquer tipo de dívida civil, comercial fiscal, previdenciária ou de outra natureza. Podem ser alegados em qualquer grau de jurisdição. No entanto, para ser considerado bem de família e está livre de execução, o próprio artigo em análise dispõe que deve ser o único imóvel próprio do casal, ou da entidade familiar, seja ele urbano ou rural.

Ainda de acordo como o diploma legal, além do único imóvel, urbano rural, que serve de moradia permanente a família, estão livres de execução: a) as plantações e as benfeitorias de qualquer natureza; b) todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional; e c) os móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

A impenhorabilidade do bem de família conferida pelo diploma legal, de certa forma, não é a absoluta, sendo que a própria Lei nº 8.009/1990, em seu art. 3º e incisos estabeleceu quais as exceções a impenhorabilidade. É importante frisar, no entanto, que as exceções previstas na lei são reconhecidas pela doutrina e jurisprudência como taxativas, constituindo *numerus clausus*. Logo, não se admite interpretação extensiva, incluindo exceções não previstas na Lei. A interpretação

deve ser sempre restritiva. Vejamos em decisão Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

0052241-24.2015.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO 1ª Ementa DES. LUCIA MIGUEL S. LIMA - Julgamento: 15/03/2016 – DECIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. BEM DE FAMÍLIA. SEDE DE EMPRESA. IMÓVEL ONDE RESIDE O DEVEDOR E SUA FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. A lei 8009/90 dispõe sobre a figura do bem de família. Trata-se de instituto que visa assegurar ao indivíduo um patrimônio mínimo, sendo também, expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no art. 1º, III da CRFB/88. Tal dispositivo legal é norma de ordem pública, de aplicação obrigatória, sendo garantida, ao devedor, a impenhorabilidade de seu imóvel residencial em relação às dívidas por ele contraídas, excetuadas as hipóteses previstas no rol do artigo 3º, que é *numerus clausus*, não admitindo ampliações para além das hipóteses ali contempladas. Ademais, a circunstância de bem de família tem demonstração *juris tantum*, competindo ao credor à prova em contrário. Conhecimento do recurso e sua negativa de seguimento, nos termos do art. 557, caput do C.P.C.

No mesmo sentido, Gonçalves (2014, p. 599) explica que:

“O elenco das exceções à regra geral da impenhorabilidade do bem de família obrigatório é taxativo, constituindo *numerus clausus*. Nenhum outro pode ser nele incluído, mediante interpretação extensiva”.

Logo se vê que é pacífico o caráter taxativo das exceções a impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei nº 8.009/1990, não cabendo em hipótese alguma a inclusão de novas exceções, mediante interpretação extensiva, como a analogia. Portanto, as exceções restringem-se à letra da lei.

Como já explicitado, o art. 3º e seus incisos da Lei 8.009/1990 dispõe sobre as exceções a impenhorabilidade do bem de família. O inciso I, que tratava da exceção quando a execução fosse movida “em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias” foi revogado em 1º de junho de 2015 pela Lei complementar nº 150, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico. Logo, não é mais possível a penhora de imóvel considerado bem de família por dívida contraída pela família em razão de contratação de

empregados domésticos ou qualquer outro trabalhador que prestou serviço na própria residência (pedreiro, pintor, jardineiro, etc.).

O inciso II, dispõe sobre a exceção a impenhorabilidade quando a execução é movida pelo “titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato”. Assim, se a família contraiu dívida para aquisição, construção, reforma ou ampliação do imóvel em que reside, este deixa de ser impenhorável para o pagamento de tal dívida.

Gonçalves (2014, p. 600) preleciona que:

A casa de moradia, edificada com numerário obtido junto a instituição financeira, ou mutuante particular, mediante contrato de mútuo, não fica isenta de penhora na execução promovida com base no empréstimo contraído para o fim específico de adquiri-la ou construí-la. Terceiros que não tiveram nenhuma participação no negócio não poderão obter a constrição do imóvel, salvo se forem cessionários do crédito do promitente vendedor, incorporador ou financiador.

Observe que o credor pode ser tanto uma instituição financeira quanto o particular, visto que a Lei não trata da qualidade do credor ou natureza do crédito, mas sim ao fim a que ele se destina. A exceção a impenhorabilidade só alcança o titular do crédito que foi usado para investimento no imóvel em que reside a família. Não alcança os demais credores, cujos créditos são de outra natureza.

Marmitt (1995, p. 80) ressalta:

O imóvel a que se refere o texto é a única e exclusivamente o destinado à moradia do devedor e família. Somente este será penhorável no montante da dívida assumida para sua construção ou aquisição, e acréscimos legais. Em relação a outros créditos do devedor, o imóvel continua sendo impenhorável.

O inciso III do art. 3º da Lei 8.009/1990 trata da exceção impenhorabilidade do bem de família quando a execução for movida pelo “credor de pensão alimentícia”. Considerada uma exceção importante, que se justifica plenamente, vez que a necessidade alimentar, que condiz com a vida e

sobrevivência humana, é mais permanente que a de moradia. Os alimentos que trata a lei não estão restritos apenas as provenientes de parentescos, mas, como diz Marmitt (1995, p. 80), “tem-se dado sentido elástico a tais alimentos, bem como à sua abrangência, fazendo-os alcançar todos os tipos de alimentos existentes em nossa sistemática jurídica”. Assim, os alimentos provenientes de ilícitos civis são abrangidos pelo art. 3º, inciso III, da referida Lei.

O inciso IV trata da exceção quanto aos créditos provenientes de “impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar”. Logo nas execuções os débitos com IPTU, taxas (limpeza, esgoto), contribuições de melhoria incidentes sobre a residência da família e ainda taxas condominiais, que podem ser consideradas “contribuições devidas” pode imóvel familiar ser penhorado.

A exceção prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 trata da “execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”. O dispositivo em apreço visa principalmente preservar a boa-fé nos negócios jurídicos, evitando-se que algum membro ou a própria entidade familiar contraia dívida pondo em garantia imóvel inexecutível no único intuito de fraudar o credor e posteriormente alegar a impenhorabilidade do bem para esquivar-se da execução.

Por ser Lei instituidora da impenhorabilidade do bem de família é norma cogente e de ordem pública, ou seja, a matéria não pode ser alterada por convenção dos particulares e pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, como veremos adiante, em tópico próprio, há discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da validade jurídica do direito de renúncia a proteção contra penhora, do bem de família imóvel, vez que, uns alegam que para adequar-se ao dispositivo legal acima citado, o mútuo deve ter sido utilizado em proveito da família, já para outros independe.

Entende-se somente ser penhorável o bem de família dado em garantia hipotecária por dívida, se esta for revertida em favor da entidade familiar. Certamente, não quis o legislador deixar os credores ao léu diante da possibilidade de má-fé da entidade familiar. A boa-fé objetiva deve sempre ser preservada, garantindo a segurança jurídica nos negócios jurídicos. Mas o legislador almejou com a Lei 8.009/90 a proteção de bens jurídicos de suma importância ao interesse público, tais como o direito a moradia e a dignidade da pessoa humana. A

impenhorabilidade do bem de família não pode ser renunciada em prejuízo da entidade familiar.

As decisões dos tribunais brasileiros vêm prestigiando, sobretudo, o interesse da família, em sobreposição à eventual ato de disposição do imóvel familiar manifestado por integrantes. Reforça, ainda, que o rol de exceções à impenhorabilidade do bem de família, previsto no art. 3º da Lei nº 8.009/1990, a natureza *numerus clausus*:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 674.836 - SP (2015/0054218-6)
 RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO AGRAVANTE : MILTON DOMINGUES AGRAVANTE : NEIDE MARIA DA SILVA ADVOGADO : FABIANO AUGUSTO SAMPAIO VARGAS E OUTRO (S) AGRAVADO : BANCO BRADESCO S/A ADVOGADOS : MATILDE DUARTE GONÇALVES TAIS VANESSA MONTEIRO ANDRESSA CAVALCA E OUTRO (S) DECISÃO 1. Cuida-se de agravo interposto por MILTON DOMINGUES e outro contra decisão que não admitiu o recurso especial manejado em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado: BEM DE FAMÍLIA - Imóvel dado em garantia hipotecária de dívida contraída pela empresa e por seu sócio - Execução promovida pelo credor hipotecário - Exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família (art. 3º, V, da Lei 8.009/90)- Recurso desprovido. Nas razões do recurso especial - fls. 108-137, sustenta dissídio pretoriano relativamente ao art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90, alegando que o imóvel é impenhorável, portanto foi dado em garantia de dívida de terceiro, não trazendo proveito à família, mesmo sendo o cônjuge sócio da pessoa jurídica a quem aproveitou a garantia. Contrarrazões ao recurso especial - fls. 141-152. Juízo negativo de admissibilidade - fls. 154. Contraminuta ao agravo - fls. 157-166. É o relatório. DECIDO. 2. O vetor principal a nortear em especial a interpretação do inc. V do art. 3º da Lei 8.009/1990 vincula-se à aferição acerca da existência ou não de benefício à entidade familiar em razão da oneração do bem. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser autorizada a penhora do bem de família quando dado em garantida hipotecária da dívida contraída em favor da sociedade empresária, da qual são únicos sócios marido e mulher - REsp 1435071/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 06/06/2014; REsp 1.413.717 / PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 29/11/2013. Tem-se no caso, entretanto, de hipótese diversa: apesar de incontroverso tratar-se de bem de família, discute-se exatamente se o benefício à entidade familiar seria evidente, a prevalecer a excepcionalidade albergada pela Lei 8.009/1990, em seu art. 3º, inc. V. 3. No presente caso, o bem de família foi dado em garantida hipotecária da dívida contraída em favor da sociedade empresária, da qual o recorrente Milton Domingues é sócio majoritário. Trata-se, portanto, de pessoa jurídica, e, por conseguinte, com personalidade jurídica, responsabilidade civil e patrimônio próprios, sendo o imóvel hipotecado de propriedade de um dos seus sócios, não se limitando a sociedade empresária aos cônjuges. Em verdade, a cônjuge Neide Maria da Silva sequer é sócia da referida pessoa jurídica, o que afasta o entendimento acima esposado. Nessa circunstância, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que subsiste a impenhorabilidade, portanto o imóvel foi dado em garantia real de dívida de terceiro, não aproveitando diretamente à própria entidade familiar. Confira-se: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL DOS SÓCIOS DADO EM

GARANTIA HIPOTECÁRIA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. IMPENHORABILIDADE. SITUAÇÃO DIVERSA DA EXCEÇÃO PREVISTA NA LEI 8.009/1990, ART. 3º, V. PROTEÇÃO LEGAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. 1. 'Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/1990.' (REsp 302.186/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 11/12/2001, DJ 21/2/2005, p. 182) 2. 'A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública que não pode, nem mesmo, ser objeto de renúncia por parte do devedor executado, já que o interesse tutelado pelo ordenamento jurídico não é do devedor, mas da entidade familiar, que detém, com a Carta Política de 1988, estatura constitucional.' (REsp 1.059.805/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma julgado em 26/8/2008, DJe 2/10/2008). 3. 'O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que a possibilidade de penhora do bem de família hipotecado só é admissível quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro.' (AgRg no Ag 921.299/SE, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 28/11/2008). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 252.286/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 20/02/2013) PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA PESSOA JURÍDICA. IMÓVEL DE SÓCIO DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DA EMPRESA. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/90, ART. 3º, V. EXEGESE. I. Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90. II. Recurso especial não conhecido. (REsp 302.186/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/2001, DJ 21/02/2005, p. 182) 4. Ainda, o Tribunal de origem entendeu de maneira diversa, assentando que "o agravante Milton é sócio majoritário da empresa, razão pela qual, forçoso é reconhecer o que fez na qualidade de empresário beneficiou sua família. (...) Presume-se que a dívida contraída reverteu em benefício da família do sócio" - fls. 106. Deve, portanto, ser reformada essa decisão, diante da impenhorabilidade do imóvel dado em garantia, nos termos do art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90. 5. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reverter a penhora realizada. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 21 de maio de 2015. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Relator (STJ - AREsp: 674836 SP 2015/0054218-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 28/05/2015)

Há de se fazer uma distinção entre dois institutos que por vezes se confundem, mas há relevantes diferenças entre si: a hipoteca e a alienação fiduciária de imóveis. O primeiro consiste em um direito real pelo qual o devedor ou um terceiro disponibilizam bem imóvel para a garantia de uma dívida. Neste caso, o bem continua pertencendo ao devedor, passível de execução caso a dívida não seja

honrada. Já a alienação fiduciária de imóveis, disciplinada pela Lei nº 9.514/1997, como veremos mais adiante em capítulo próprio, é uma espécie de propriedade resolúvel que o devedor, com fito de garantir uma dívida, transfere ao credor. A posse indireta da coisa pertence ao credor. O devedor, apesar de ser o possuidor direto do bem, fica desnudo do domínio, ao menos provisoriamente. Após, adimplida a obrigação assumida, o devedor fiduciante, como é chamado, terá a propriedade re-transferida para si, visto que a mesma será resolvida em seu favor.

Observe que a Lei nº 8.009/90, nem suas alterações posteriores, tratam da alienação fiduciária de imóveis, principalmente como exceção a impenhorabilidade do bem de família. Conforme já vimos, as exceções previstas no diploma legal são taxativas, *numerus clausus*, não admitindo interpretação extensiva no intuito de incluir novas exceções. Logo, não constitui exceção o instituto da alienação fiduciária de imóveis, não permitindo a Lei, portanto, a renúncia a impenhorabilidade em desfavor de tal instituto.

A Lei nº 8.009/90 ainda traz mais duas exceções a impenhorabilidade do bem de família: se imóvel tiver “sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”; e se execução for movida “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. Esta última foi incluída pela Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1990).

A Lei 8.009/90 traz ainda em seu art. 4º outra exceção a impenhorabilidade do bem de família, ao dispor que “Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga”. O § 1º do referido artigo autoriza o juiz na ação movida pelo credor a “transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese”.

Por fim, o art. 5º da Lei 8.009/90 o que considera residência para os efeitos da impenhorabilidade, definido como “um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”. O parágrafo único do referido artigo complementa que “Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil”.

1.3. Bem de família: norma cogente de ordem pública

Conforme já mencionado em linhas pretéritas, a lei instituidora do bem de família obrigatório é norma cogente de ordem pública, ou seja, goza de imperatividade absoluta. Tais normas são aquelas que impõem coercitivamente a conduta de alguém. Os destinatários da norma devem agir de acordo com o que ela prescreve, sob pena de haver alguma sanção ou penalidade. Assim, o que as normas de ordem pública determinam não pode ser alterado pelas partes num negócio jurídico. O interesse público deve sempre prevalecer, não podendo as relações privadas gerar prejuízo à sociedade.

Marmitt (1995, p. 33) nos explica que:

Face ao interesse público que encerram e que existe nas relações entre os particulares e o Estado, as normas cogentes cada vez mais se impõem ao domínio da vontade, desde que em pro dos cidadãos. Inspiram-se no interesse público, embora pertencentes ao direito privado, por envolverem dos cidadãos entre si, e não com o Estado.

Segundo Clóvis Beviláqua (*Apud* MARMITT, 1995, p.15), normas cogentes de ordem pública são aquelas que “estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo preceitos do Direito”. Assim, há uma limitação, por parte do Estado, na liberdade de pactuar dos cidadãos, garantindo a ordem social e impedindo que institutos jurídicos importantes sejam violados.

Assim, segundo Marmitt (1995, p.15):

“a impenhorabilidade do bem de família legal tem caráter de ordem pública, atingindo compulsoriamente todos os cidadãos. Em face de sua cogência normativa, a matéria em tese não é alterável por convenção dos particulares. Os preceitos da nova lei inserem-se na ordem pública, descabendo às partes ilidir sua incidência, em virtude da cogência de que são dotadas”.

No mesmo sentido, Gonçalves (2014, p. 595) explica que:

Sendo instituidor dessa modalidade o próprio Estado, que a impõe por norma de ordem pública em defesa do núcleo familiar, independe de ato constitutivo e, portanto, de registro no Registro de Imóvel.

A impenhorabilidade do bem de família é, portanto, irrenunciável. Não é possível pela vontade das partes ilidir sua incidência. Com, isso, não pode o único imóvel em que reside o núcleo familiar ser objeto de negócios em que há possibilidade de constrição do bem. Não pode o imóvel ser hipotecado, alienado fiduciariamente ou penhorado. Caso ocorra, o ato deve ser destituído de qualquer eficácia, nulo de pleno direito, não surtindo o menor efeito jurídico.

Outrossim, a impenhorabilidade do bem que serve de residência à entidade familiar do devedor é considerada matéria de ordem pública e, portanto, pode ser suscitada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, não podendo falar em preclusão.

Segundo Marmitt (1995, p. 35), “Por envolver nulidade absoluta, o assunto da impenhorabilidade pode ser alegado de forma simples, em qualquer oportunidade, através de petição endereçada ao juiz da causa”.

Dias (2013, p. 639) complementa dizendo que “O mesmo fundamento impede que o devedor renuncie à impenhorabilidade, ao indicar à penhora bens que guarnecem sua residência”.

Existem, claro, as exceções previstas na lei 8.009/90, como já expostas no tópico anterior. No entanto, grande parte da doutrina e jurisprudência entende que só pode ir a penhora o imóvel hipotecado, se o crédito tiver sido revertido em favor da unidade familiar e não de terceiros. Também pode ser penhorado o imóvel cujo crédito tiver sido utilizado para aquisição, construção ou reforma do próprio imóvel.

A lei 8.009/90 surgiu não para proteger o devedor e a propriedade, mas sim para proteger a família, o direito a moradia e a dignidade da pessoa humana, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. Tem, como isso, relevante caráter humano. Por isso, Marmitt (1995, p. 34) nos ensina que:

Trata-se, portanto, de legislação cogente, de notável conteúdo humano, que é ao mesmo tempo de interesse público e de ordem pública. O estatuto legal envolve direito indisponível, ao instituir desta forma o bem de família.

Decisões judiciais dos tribunais brasileiros reforçam com frequência o caráter de ordem pública da Lei nº 8.009/1990 e a indisponibilidade do bem de família:

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ARGUIÇÃO NA FASE DE EXECUÇÃO. A Lei nº 8.009/90 trata de matéria de ordem pública, que garante a existência digna da família (art. 1º, III, da CF/88) por meio de um patrimônio mínimo, principalmente quando se considera o papel do Estado de preservar e promover o amparo e proteção da família (art. 226 da CF/88). Essa proteção, segundo a jurisprudência predominante dos Tribunais, pode ser invocada a qualquer tempo até a arrematação, inclusive por meio de petição avulsa, sem necessariamente estar vinculada aos embargos à execução, ou seja, o pedido pode ser apresentado até mesmo após o prazo para os embargos à execução. A decisão do TRT, na qual se concluiu ter ocorrido a preclusão quanto à arguição de impenhorabilidade de bem de família, porque a matéria foi arguida em embargos à execução não conhecidos por intempestivos, violou o conteúdo normativo dos arts. 1º, III, e 226 da CF/88, os quais positivam princípios que são mandados de otimização, que asseguram a garantia institucional do bem de família na maior medida do possível, superpondo-se às restrições processuais que, à primeira vista, afastariam o conhecimento da matéria. Precedentes. Recurso de revista a que se dá provimento. (TST - RR: 3622420115150147, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 10/12/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014)

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA – MORADIA DE ENTIDADE FAMILIAR – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – PRIVILÉGIO AO DIREITO SOCIAL À MORADIA – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA QUE NEGUE RECONHECIMENTO À IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – DIREITO IRRENUNCIÁVEL – DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. De acordo com o art. 1º, da Lei nº 8.009/90, a impenhorabilidade do imóvel do casal, ou da entidade familiar, isenta-o de dívidas civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de qualquer natureza, contraídas pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam. Assim, por força de lei, a impenhorabilidade do bem de família é absoluta e, nesta condição, pode ser reconhecida a qualquer tempo, inclusive por intermédio de exceção de pré-executividade. (TJ-MS - APL: 08238236920148120001 MS 0823823-69.2014.8.12.0001, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 01/03/2016, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/03/2016)

É função do Estado intervir soberanamente na vida do cidadão utilizando-se de normas e outras ferramentas sempre que o interesse público exigir, de modo

apropriado e satisfatório. Sempre que alguma situação envolver direitos como o de moradia, proteção à família e princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana deve haver uma proteção especial do Estado. Nesse interim, Marmitt diz que “a Lei 8.009/90 indubiosamente é a instrumentalização legal e jurídica mais forte e mais eficiente, que veio revitalizar e complementar a legislação em matéria de tão grande relevância social”.

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS

A fidúcia tem origem no Direito Romano, onde encontram-se registros de duas modalidades: a *fiducia cum creditore* e a *fiducia cu amico*. Na *fidúcia cum creditore* “o devedor transferia, por venda, bens seus ao credor, com a ressalva de recuperá-los se, dentro em certo tempo, ou sob dada condição, efetuasse o pagamento da dívida”. Na *fiducia cum amico*, era “baseada na confiança e que permitia a uma pessoa acautelar seus bens contra determinados riscos, alienando-o a um amigo, com ressalva de lhe serem restituídos após passado o perigo”. (GONÇALVES, 2014, p. 439)

Porém, de acordo com o registro histórico de Chalhub (2000, p. 157):

Embora enraizada no direito romano, a fidúcia ganhou contorno peculiar no direito germânico e foi aproveitada no direito anglo-saxão como meio prático de proteção ao crédito, sob variadas formas, com a denominação de *trust*. (...) no direito romano o fiduciário era investido de um poder jurídico incondicional sobre a coisa, só existindo uma obrigação pessoal de restituição sujeita à extinção da dívida, contemplada no *pactum fiduciae*, enquanto que no direito germânico a coisa era transmitida sob condição resolutiva de pagamento da dívida, de modo que, verificada a condição, a propriedade retornava ao fiduciante.

2.1 Conceito e natureza jurídica

O instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel foi instituído no Brasil pela Lei nº 9.514/1997, que criou o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI. O referido diploma legal surgiu da necessidade da criação de garantias reais mais adequadas ao mercado financeiro e com menor interferência do Estado, em face das garantias existentes à época, em especial a hipoteca, tendo vista a perda de liquidez dos créditos devido a demora na retomada do bem, através da execução judicial.

Chalhub (2000, p. 143) explica que a alienação fiduciária de imóveis é “condição indispensável para a implantação e o desenvolvimento de um mercado

secundário capaz de funcionar como permanente fonte geradora de recursos para o financiamento imobiliário”. E ainda complementa que:

De fato, a configuração das garantias existentes em nosso ordenamento não atendem às necessidades modernas de celeridade dos negócios, pois os processos de execução pertinentes não imprimem a rapidez necessária à recuperação dos créditos.

A propriedade fiduciária de coisa móvel já existia a época em nosso ordenamento jurídico, sendo atualmente disciplinado pelo Código Civil de 2002, no capítulo “Da Propriedade Fiduciária”, consoante o que dispõe o art. 1.361, *caput*:

Art. 1.361 Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, como escopo de garantia, transfere ao credor.

De acordo como o dispositivo em apreço, a propriedade fiduciária constitui-se como forma de garantia, onde, a propriedade de coisa móvel infungível, que pertence ao devedor, é transferido ao credor de forma resolúvel, até que a condição resolutiva seja totalmente cumprida, quando então, a propriedade voltará a ser plena do devedor.

Como melhor explica Gonçalves (2014, p. 439)

Na propriedade fiduciária dá-se a transferência do domínio do bem móvel ao credor, denominado *fiduciário* (em geral, uma financeira, que forneceu o numerário para a aquisição), em garantia de pagamento, permanecendo o devedor (*fiduciante*) com a posse direta da coisa. O domínio e a posse indireta passam ao credor, em garantia.

A Lei 9.514/97 estipulou em seu art. 17 as garantias que podem ser utilizadas nas operações de crédito imobiliário:

Art. 17. As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:

I - hipoteca;

II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;

III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;

IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.

O da alienação fiduciária de coisa imóvel está definida no Capítulo II da Lei 9.514/97, mais precisamente em seu art. 22:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Assim, na dinâmica definida na Lei, o devedor, doravante denominado fiduciante, proprietário de um imóvel, transfere a propriedade ao credor, doravante denominado de fiduciário, a título de garantia. No entanto, a propriedade tem caráter resolúvel, ou seja, condicional, vinculado ao pagamento de uma dívida. Verificado o pagamento da dívida, há a revogação da fidúcia, revertendo a propriedade plena ao devedor. Em caso de inadimplemento, consolida-se a propriedade em favor do credor. Assim, nas palavras de Chalhub (2000, p. 145):

Na medida em que o devedor transfere a propriedade do imóvel ao credor, até que a dívida seja paga, resulta claro que esse modalidade de alienação caracteriza-se pela temporariedade e pela transitoriedade; o credor adquire o imóvel não com o propósito de mantê-lo em sua propriedade, em definitivo, mas com a finalidade de garantir-se, mantendo sua propriedade até que o devedor/fiduciante pague a dívida, e somente até aí.

Em outras palavras, o credor/fiduciário detém a propriedade resolúvel e a posse indireta do imóvel alienado, enquanto o devedor/fiduciante detém a posse direta.

A doutrina não buscou aprofundar o conceito para a alienação fiduciária de bens imóveis, tendo em vista a clareza da lei sobre o que é e a que se destina o instituto.

A alienação fiduciária de imóveis tem natureza jurídica de contrato de garantia com efeitos reais, conforme previsto no § 1º do art. 17 da Lei 9.514/97. Assemelha-se as garantias reais previstas no Código Civil.

Mesmo diante da clareza da Lei, no sentido de que a Alienação Fiduciária é direito real de garantia, alguns autores como Chalhub (2000, p. 29), entendem que trata de direito real de garantia sobre coisa própria, defendendo que a alienação fiduciária de coisa imóvel transmite a propriedade ao credor fiduciário, conforme explica:

A propriedade fiduciária difere dos direitos reais constituídos com idêntica função, como são os casos do penhor, da anticrese e da hipoteca, porque nestes casos o titular da garantia tem um direito real *na coisa alheia*, enquanto que na propriedade fiduciária o titular da garantia é titular de direito de propriedade mesmo, embora submetido a compressão, pelo caráter fiduciário.

Embora respeitável o destaque feito por Chalhub, inclusive aponta-se nesta pesquisa diversos pontos sobre a propriedade fiduciária que confluem com o entendimento do referido autor, mas com relação ao tema acima exposto há de se compreender conforme o entendimento de Ferreira Vaz (1998, p. 55), de que não é mais do que um direito real de garantia, não havendo a real transmissão de propriedade:

Ressalta do contexto da Lei 9.514 que a transmissão da propriedade resolúvel, como parte integrante do contrato de alienação fiduciária, não significa a perda da propriedade pelo fiduciante, nem seu ingresso no patrimônio do fiduciário. A perda da propriedade, com o caráter que lhe empresta o Código Civil, somente ocorrerá quando, não pagas as prestações e seus encargos, consolidar-se a propriedade fiduciária, e, ainda, se for ela alienada no primeiro leilão, pelo valor estipulado no contrato; se for ela alienada no segundo leilão, pelo valor igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais; com a extinção da dívida e respectiva quitação, caso no primeiro e no segundo leilões os maiores lances não alcancem os valores mínimos supra mencionados. Trata-se, pois, de transmissão e aquisição, a que não se podem aplicar, de

forma intransigente e dogmática, os conceitos tradicionais da propriedade e da própria alienação.

Pode-se compreender que Ferreira Vaz, adotou uma interpretação restritiva ao termo “transferência da propriedade resolúvel de coisa móvel”, prevista no art. 22 da Lei 9.514/97, no sentido de não haver a perda da propriedade pelo fiduciante nem a integração no patrimônio do fiduciário. Essa transmissão apenas ocorrerá em caso de inadimplemento do fiduciante. No contexto geral do referido diploma legal, a alienação fiduciária assemelha as garantias reais tradicionais, diferindo-se no sentido de ser mais rápido e menos burocrático, sem a necessidade de intervenção judicial.

O próprio Chalhub (2000, p. 144), mesmo sendo adepto de que na alienação fiduciária de bem imóvel há a transferência de propriedade, admite que “essa modalidade de alienação caracteriza-se pela temporariedade e pela transitoriedade; o credor adquire o imóvel não com o propósito de mantê-lo como sua propriedade, em definitivo, mas com finalidade de garantir-se.”

Como se vê, a finalidade primordial da alienação fiduciária de imóvel não é a transferência da propriedade em si, mas sim a garantia real, porém com processo mais célere e menos burocrático.

2.2 Aspectos Gerais

O instituto da alienação fiduciária de imóveis está regulado pela Lei 9.514/97, que criou o Sistema Financiamento Imobiliário. Está disposto no Capítulo II do referido diploma legal, a partir do art. 22:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

O dispositivo em apreço tratou de conceituar o instituto, enquanto o art. 23 e seu parágrafo único dispõem sobre a forma de constituição e seus desdobramentos:

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

O citado art. 23 trata-se do requisito formal para a instituição da alienação fiduciária de coisa imóvel, que é o registro do respectivo contrato no registro de imóveis, que só então, passa a ter efeitos jurídicos e ser oponível contra terceiros.

Tornando-se o possuidor direto da coisa imóvel, após a constituição da propriedade fiduciária, tem o fiduciante, nas palavras de Chalhub (2000, p. 152):

A faculdade de exercer todos os atos destinados a conservá-lo, tal como prescreve o art. 121 do Código Civil, notadamente, no caso da alienação fiduciária, o de defender a posse direta que lhe é atribuída pelo contrato, com os interditos possessórios, inclusive contra o próprio fiduciário. [...] tem o fiduciante legitimidade para promover as ações reais contra quem quer que viole esse direito.

O § 1º, *caput*, do art. 23 da Lei 9.514/97 dispõe sobre os requisitos subjetivos para instituição da propriedade fiduciária:

Art. 23 [...]

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

Decorre, portanto, que pode ser parte no contrato de alienação fiduciária, qualquer pessoa física ou jurídica, desde que capazes e legítimas. As partes no contrato são chamadas de fiduciário e fiduciante. Como extraído da Lei, fiduciário é o conceito de credor, aquele que adquire a propriedade do bem, para fins de garantia. Já o fiduciário é aquele que alienou o bem no intuito de garantir dívida

contraída por si ou por terceiros. Não existe impedimento para que qualquer pessoa, física ou jurídica, integrar qualquer um dos polos, independente de integrar ou não o Sistema de Financiamento Imobiliário. Assim, os particulares estão legitimados a figurar no contrato como credores fiduciários.

Os requisitos objetivos do contrato de alienação fiduciária de imóveis, ou seja, o que pode ser objeto do respectivo contrato, decorre do já citado § 1º e seus incisos do art. 23 da Lei 9.514/97:

Art. 23 [...]

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

- I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;
- II - o direito de uso especial para fins de moradia;
- III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;
- IV - a propriedade superficiária.

Como se vê, o diploma legal prevê que poderão ser objetos do contrato de alienação fiduciária em garantia imóvel cuja propriedade seja plena, ou seja, o imóvel deverá ser passível de alienação, sendo vedado imóvel que detenha qualquer cláusula de inalienabilidade. Estão excluídos, por exemplo, bens de família e aqueles fora do comércio.

Os incisos do dispositivo legal em comento permite, também, que sejam alienados fiduciariamente, outros direitos reais imobiliários, aumentando, portanto, o leque de possibilidades do mercado.

O art. 24 e seus incisos, da Lei 9.514/97, tratam do contrato de alienação fiduciária, estabelecendo as condições essenciais para que o mesmo seja válido. Segundo o dispositivo legal, contrato deve conter o valor da dívida, prazo e condições de pagamento, taxa de juros e encargos, a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição. Destaca-se ainda, a cláusula que assegura ao devedor/fiduciante a posse do imóvel objeto da alienação e sua livre utilização, desde que adimplente. Por fim, dispõe o dispositivo, que deve haver a indicação no contrato o valor do imóvel e dos critérios para a revisão do valor. Chalhub (2000, p. 146) alerta que “o dispositivo refere-se a ‘critérios’ de ‘revisão’ do valor, e não de ‘reajuste’”.

O art. 25 e seus parágrafos estabelecem que com o pagamento da dívida e seus encargos resolve-se a propriedade fiduciária, devendo o fiduciário fornecer no prazo de trinta dias, a partir data de liquidificação da dívida, o respectivo termo de quitação ao fiduciante sob pena de multa. À vista do termo de quitação, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro de propriedade fiduciária.

Por sua vez, o art. 26 dispõe sobre os procedimentos em caso de inadimplemento do devedor/fiduciante. Determina que vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. Deverá o fiduciante ser intimado a satisfazer, no prazo de quinze dias para a purgação da mora. Purgada a mora, continua vigente o contrato de alienação fiduciária. Convém citar que a intimação para purga da mora só será expedida depois de decorrido o prazo de carência estabelecido no contrato para esse fim.

Não sendo purgada a mora no prazo estabelecido, consolidar-se-á a propriedade em nome do fiduciário, devendo este efetuar o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, e se for o caso, *laudêmio*.

O art. 27 e seus parágrafos estabelecem que uma vez consolidada a propriedade em nome do fiduciário, este, no prazo de trinta dias a contar da data da consolidação da propriedade, deverá promover leilão para alienação do imóvel. Se no primeiro leilão o maior valor oferecido for menor que aquele estipulado no contrato como valor do imóvel, deverá ser realizado um segundo leilão, no prazo de quinze dias. Neste segundo leilão poderá ser aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida e seus acréscimos. No entanto, se o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida e seus acréscimos, considerar-se-á extinta a dívida, devendo, neste caso, o credor da quitação da dívida mediante termo próprio no prazo de cinco dias.

Cinco dias após a realização do leilão, o credor deverá entregar ao devedor a importância que sobejar, fato que importará em recíproca quitação. Neste caso, o fiduciante não terá o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, previsto no Código Civil.

De acordo com o art. 30, é assegurado ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, bem como o adquirente do imóvel por força de leilão público, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, com prazo de

desocupação em sessenta dias, tendo como requisito para a reintegração a prova do registro da consolidação da propriedade em nome do fiduciante ou de seus sucessores.

Os art. 28 e 29 tratam da cessão de crédito e dívida dentro do contrato de alienação fiduciária de imóvel. Cedendo o fiduciário o crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes a propriedade fiduciária em garantia, sub-rogando-se, assim, nos direitos do credor. De forma semelhante, pode o fiduciante, desde que com anuência do fiduciário, transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

O art. 31 dispõe sobre a possibilidade de fiador ou terceiro interessado pagar a dívida, ao qual fica sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária. Já o parágrafo único do referido artigo, trata da portabilidade do crédito entre instituições financeiras, permitindo que a nova instituição credora pague, a favor do mutuário, a dívida à instituição credora original.

Por fim, o art. 32 determina que, na forma da legislação pertinente, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na hipótese de insolvência do fiduciante.

Das disposições legais acima destacadas, pode-se extrair direitos e deveres tanto do fiduciário como do fiduciante. O fiduciário adquire um direito de propriedade resolúvel, sob condição resolutiva, com o escopo de garantia real, que será extinta tão logo o fiduciante pague a dívida, devendo a extinção estar prevista no próprio contrato. No entanto, caso não seja a dívida quitada, não sendo implementada, assim, a condição resolutiva, o direito de propriedade incorpora-se em termo definitivos no patrimônio do fiduciário.

Neste sentido, Chalhub (2000, p. 150) explica que:

[...] a limitação do direito do fiduciário é de tal maneira extremada que estará presente até mesmo depois da consolidação da propriedade em seu nome. De fato, mesmo consolidando a propriedade em seu nome, o fiduciário não pode dela dispor livremente, como lhe convier, mas deverá fazê-lo rigorosamente dentro de limites fixados na lei e no contrato. Está dentro dessa ordem de limitações o dever legal imposto ao fiduciário de colocar o imóvel à venda em prazo certo de improrrogável [...], e deverá fazê-lo em leilão público; para esse fim, não tem liberdade de fixar o preço de venda do valor do imóvel, mas deverá oferecê-lo à venda pelo valor que tiver sido estabelecido no contrato, para o leilão, devendo, também, observar os procedimentos gerais e contratuais estabelecidos para a realização do

leilão, tudo isso levando em conta o ingresso do imóvel no seu patrimônio disposição.

Já o fiduciante, enquanto pendente a condição, tem a possibilidade tornar-se novamente titular do pleno direito de propriedade, que transmitiu em caráter resolúvel ao fiduciário. De acordo com Chalhub (2000, p. 151) “não se desfaz o vínculo do devedor-fiduciante com o bem transmitido em caráter fiduciário, mas constitui-se [...] o direito do fiduciante de reaver o bem”.

Sendo possuidor direto do imóvel alienado fiduciariamente, tem o fiduciante a faculdade de exercer atos conservação do bem, inclusive defender a posse direta com os interditos possessórios previstos no código assim. Conforme assevera Chalhub (2000, p. 153), sendo titular de um direito real, [...] tem o fiduciante legitimidade para promover ações reais contra quem quer que viole esse direito.

O fiduciante pode ainda, em conformidade com o art. 29 da Lei 9.514/97, transmitir os direitos sobre o imóvel, hipótese em que o cessionário substitui o cedente em todos os direitos e obrigações, tornando-se, portanto fiduciante na antiga relação fiduciária.

Por fim, dos dispositivos elencados, extrai-se que há duas formas de extinção do contrato de alienação fiduciária de imóveis: pelo adimplemento ou inadimplemento do fiduciante. Pelo adimplemento, que seria a forma mais natural se dá através do cumprimento de toda obrigação, ocasião em que o fiduciário dá ao fiduciante a quitação na forma da lei.

Pelo inadimplemento, vencida e não paga, no todo ou em parte, a obrigação garantida pela alienação fiduciária, e constituído em mora o devedor, consolidar-se-á a propriedade em nome do credor-fiduciante, respeitando os procedimentos legais para a recuperação do crédito.

2.3. Alienação fiduciária de imóveis nos contratos bancários

A doutrina encontra dificuldades em conceituar com precisão o que seja contratos bancários. Não cabe a nós, no presente trabalho, esmiuçar o presente tema, visto não ser nosso objetivo principal.

O próprio termo contratos bancários já nos leva a intuir que seja um negócio em que uma das partes seja uma instituição financeira. São instrumentos para a concretização de atividades tipicamente realizadas por bancos e entidades afins. Gonçalves (2013, p. 677) explica que “Há, efetivamente, algumas figuras contratuais que são próprias das atividades bancária e merecem essa designação”. Essas modalidades são reservadas pelo ordenamento jurídico às instituições financeiras, disciplinadas em leis específicas.

Ainda sob o enfoque de Gonçalves (2013, p. 677), sabe-se que “as diversas operações de crédito e operações financeiras delas decorrentes dão origem a inúmeros contratos”.

A espécie de contrato mais usual em que geralmente o banco exige garantias reais, entre elas a alienação fiduciária de imóveis, é o contrato de financiamento. Segundo Gonçalves (2013, p. 685), contrato de financiamento:

[...] é aquele pelo qual o banco adianta ao cliente recursos necessários a determinado empreendimento, mediante cessão ou caução de créditos e outras garantias. [...] O financiamento da compra contratada diretamente com o consumidor terá garantia principal a alienação fiduciária do bem objeto da transação.

Antes do advento da Lei 9.514/97, que criou o instituto da alienação fiduciária de coisa móvel, podiam ser alienados fiduciariamente apenas bens móveis, tais como veículos, máquinas e equipamentos.

Havia, portanto, um entrave ao financiamento do mercado imobiliário, tendo em vista que a garantia real para bens imóveis até então existente, a hipoteca, não plenamente satisfatória, tendo em vista a demora na recuperação do crédito por depender de execução judicial, tornando-se por vezes, inviável.

Assim, a lei contemplou a modalidade contratual da alienação fiduciária de coisa imóvel, servindo, nas palavras de Chalhub (2000, p. 153):

como instrumento que poderá propiciar rápida recomposição e situações de mora, em prazos compatíveis com os compromissos perante os investidores. Visa a lei, em suma, manter a regularidade dos fluxos financeiros necessários para atender a demanda por novos financiamentos.

Assim, criou-se mecanismos para atrair investimentos e aumento em larga escala do crédito para o financiamento imobiliário, principalmente pelas instituições financeiras. Abriu-se a possibilidade para o “boom” do mercado imobiliário, principalmente nos últimos anos, notoriamente através dos incentivos sociais do governo.

No entanto, decorre da lei que o instituto da alienação fiduciária de imóveis pode ser utilizado fora do mercado imobiliário, não sendo exclusividade de instituições financeiras, inclusive podendo ser utilizada por pessoas físicas credoras. A alienação fiduciária tem o escopo de garantir qualquer operação de crédito, e não apenas aquele destinado a aquisição/construção de imóvel. Um empresário, por exemplo, pode alienar fiduciariamente seu imóvel para garantir um contrato de mútuo, cujo objetivo seja fomentar seus negócios. Desta situação, pode haver problemas jurídicos caso o negócio envolva imóvel com cláusula de impenhorabilidade por ser bem de família, onde será estudado com mais profundidade em capítulo próprio.

Os contratos bancários em geral, quando realizados entre a instituição financeira e o consumidor, são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. A Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça é clara ao dispor que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

O objetivo principal do presente estudo é analisar a situação jurídica dos bens de família dentro do contrato de alienação fiduciária de imóveis. Para isso estudamos nos dois primeiros capítulos os aspectos gerais de cada instituto, em separado. No capítulo a seguir, analisaremos os desdobramentos jurídicos quando ambos entram em conflito.

3. BENS DE FAMÍLIA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS

Quando um cliente realiza junto a uma instituição financeira contrato de abertura de crédito, normalmente o credor exige uma garantia para que a celebração do contrato. Dentre as diversas garantias previstas em nosso ordenamento jurídico, o credor dispõe do instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel, disciplinado pela Lei 9.514/97, cujo fora estudado no capítulo anterior.

Comumente, o instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel é utilizado para garantir financiamento imobiliário, que são créditos concedidos pelas instituições financeiras para custear a construção, a reforma ou a compra de um imóvel. No entanto, nada obsta a utilização da alienação fiduciária de coisa imóvel como garantia de créditos fora do mercado imobiliário.

Num contrato de abertura de crédito junto a uma instituição financeira pode ocorrer de que o bem dado em garantia fiduciária seja o único imóvel destinado a servir de moradia ao devedor e sua família, sendo, conforme visto no capítulo 1 desta obra, considerado bem de família e, portanto, gravado com cláusula de impenhorabilidade. Estudaremos se o imóvel bem de família objeto de contrato de alienação fiduciária pode ter sua propriedade transferida para a instituição financeira em caso de inadimplemento.

3.1. Exceção prevista no art. 3º, inciso II, da Lei 8.009/90

Quando, em uma abertura de crédito junto a uma instituição financeira, o bem dado em garantia fiduciária é o mesmo imóvel cujo crédito foi utilizado para a sua aquisição, reforma ou construção, não há que se falar em impenhorabilidade. Neste caso, o art. 3º, II da Lei 8.009/90 é bastante claro ao dispor que a impenhorabilidade não é oponível quando o crédito decorre de “financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato”. Logo, trata-se de uma exceção legal a impenhorabilidade do bem de família, que por isso não é considerada absoluta. De fato, não reconhecida tal exceção, facilitaria a ação de devedores de má-fé que poderiam adquirir um imóvel através de financiamento e depois se esquivariam do

pagamento arguindo o instituto do bem de família para impedir a transferência do bem para a instituição financeira.

Neste sentido, Gonçalves (2014, p. 600) preleciona que:

A casa de moradia, edificada com numerário obtido junto a instituição financeira, ou mutuante particular, mediante contrato de mútuo, não fica isenta de penhora na execução promovida com base no empréstimo contraído para o fim específico de adquiri-la ou construí-la. Terceiros que não tiveram nenhuma participação no negócio não poderão obter a constrição do imóvel, salvo se forem cessionários do crédito do promitente vendedor, incorporador ou financiador.

Neste interim, os tribunais vêm decidindo:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE IMPENHORABILIDADE POR SER BEM DE FAMÍLIA – CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART 3º, II, DA LEI 8.009/90 – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A impenhorabilidade do bem de família, estabelecida pela lei 8.009/90, não é absoluta, pois admite exceções nela previstas. 2. Restou incontroverso que o apelante celebrou contrato de alienação fiduciária para aquisição do imóvel objeto da lide. 3. O caso em comento é hipótese excepcional em que se admite a constrição de um bem de família (Artigo 3º, II, da Lei 8.009/90), mostrando-se que o desprovido da presente apelação é medida que se impõe. (TJ-RR - AC: 0010109054451, Relator: Des. ALMIRO PADILHA, Data de Publicação: DJe 14/05/2014)

No mesmo sentido:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXIGIBILIDADE DE ENCARGOS ILEGAIS QUE NÃO CORRESPONDE À REALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. VIABILIDADE DA CORREÇÃO PELO IGP-M. MULTA EXIGIDA QUE É DE 2%. MORA CARACTERIZADA, SENDO DEVIDOS OS ENCARGOS DAÍ DECORRENTES, QUE NÃO SE MOSTRAM ABUSIVOS. IMPENHORABILIDADE NÃO CARACTERIZADA, SEGUNDO O DISPOSTO PELO ART. 3º, II, DA LEI 8.009/90. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70054171970, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 04/07/2013) (TJ-RS - AC: 70054171970 RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Data de Julgamento: 04/07/2013, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/07/2013)

Como viu-se, o caso em tela não carece de grandes discussões, em face da clareza do dispositivo legal e das decisões judiciais.

3.2. Da impenhorabilidade bem de família alienado fiduciariamente.

Outra situação totalmente diferente daquela descrita no item anterior ocorre quando o crédito garantido por alienação fiduciária é para fim diverso da construção, reforma ou aquisição do imóvel dado em garantia. Pode ocorrer, por exemplo, de determinado cliente realizar um contrato de mútuo junto a uma instituição financeira para investimento em um negócio empresarial, alienando fiduciariamente seu imóvel para garantir o crédito.

Assim, pode ocorrer do bem dado em garantia ser o único imóvel destinado à moradia do devedor e sua família, considerado, portanto, bem de família legal. Nesta hipótese, entendemos que o bem mantém a cláusula de impenhorabilidade e, portanto, não pode haver a transferência da titularidade do imóvel para a instituição financeira para a satisfação do crédito.

A previsão legal para as exceções a impenhorabilidade é bem clara. Já viu-se que a Lei 8.009/90, que instituiu o bem de família legal, é norma de ordem pública e, portanto, sua impenhorabilidade não pode ser renunciada, senão nos casos em que a lei expressa e taxativamente, *numerus clausus*, trouxe como exceção. Gonçalves (2014, p. 599) explica que:

O elenco das exceções à regra geral da impenhorabilidade do bem de família obrigatório é taxativo, constituindo *numerus clausus*. Nenhum outro pode ser nele incluído, mediante interpretação extensiva.

A lei 8.009/90 traz como exceção a impenhorabilidade:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015.

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Como se vê, não há, no dispositivo legal citado, nenhuma referência à alienação fiduciária de imóveis como exceção à regra de impenhorabilidade. A única garantia real admitida pela como exceção à regra da impenhorabilidade é a hipoteca (art. 3, V). Não estando previsto no dispositivo legal, conclui-se que a impenhorabilidade do bem de família não pode ser renunciada em desfavor da alienação fiduciária. Sendo a Lei 8.009/90 norma de ordem pública, não pode sua vontade ser alterada contratualmente pelas partes num negócio jurídico.

Mesmo diante da concordância expressa do tomador do crédito e a celebração do contrato de alienação fiduciária, o imóvel considerado bem de família oferecido em garantia fiduciária é impenhorável, pois a Lei 8.009/90 visa a proteção da entidade familiar e a garantia do direito de moradia. Oferecer o bem em garantia não retira a proteção da lei. E assim, vem decidindo os tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. PROTEÇÃO IRRENUNCIÁVEL. 1. A impenhorabilidade assegurada ao bem de família não é passível de renúncia. Precedentes. 2. Agravo de instrumento improvido." (TRF4, AG 2005.04.01.046311-0/RS, Primeira Turma, de minha relatoria, D.E. de 09/05/2007)

EMBARGOS DE TERCEIRO. BEM DE FAMÍLIA. LEI-8009/90. IMÓVEL RESIDENCIAL. IMPENHORABILIDADE. PROTEÇÃO IRRENUNCIÁVEL. O ART-1 DA LEI -8009/90 contém norma de ordem pública, de cunho eminentemente social, que visa a proteção da família, instituição tida como fundamental em nossa sociedade. Dessarte, o benefício da impenhorabilidade do imóvel residencial é irrenunciável. (TRF-4 - AC: 50790 SC 97.04.50790-9, Relator: TÂNIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR,

Data de Julgamento: 11/02/1998, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/05/1998 PÁGINA: 654)

Bastante claro é o caráter de ordem pública da dada a Lei 8.009/90 (bem de família), o mesmo não se admitindo a Lei 9.514/97 (alienação fiduciária), uma vez que, diferente desta, aquela protege direitos fundamentais importantes.

A renúncia à impenhorabilidade do bem de família só é possível mediante as exceções expressas no art. 3º, não admitindo interpretação restritiva ou análoga.

No entanto, há outros argumentos, ao qual não se pode coadunar, que rechaçam a tese ora apresentada e fundamentam a possibilidade de constrição do imóvel bem de família alienado fiduciariamente, em caso de inadimplemento.

Um argumento plausível consiste na equiparação, por analogia, da alienação fiduciária de imóveis a hipoteca e, por conseguinte, a incidência do art. 3º, inciso V, da Lei 8.009/90 para afastar a impenhorabilidade. Entendem que a propriedade fiduciária possui a mesma função da hipoteca, podendo ser aplicado analogicamente. O § 1º do art. 17 da Lei 9.514/97, conferiu status de garantia real a alienação fiduciária de coisa imóvel e, por isso, comparável à hipoteca.

No entanto, quando o art. 3º, inciso V, da Lei 8.009/90 dispõe que a impenhorabilidade não se opera quando o imóvel é “oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar” está se referindo exclusivamente a “execução de hipoteca sobre o imóvel”. Não se pode admitir, portanto, que a alienação fiduciária de imóvel seja interpretada como exceção à impenhorabilidade.

Como visto, a lei instituidora do bem de família é de ordem pública e as exceções à impenhorabilidade são taxativas, constituindo *numerus clausus*, e, portanto, não admite interpretação extensiva na intenção de criar novas exceções.

Assim vem entendendo os tribunais, com destaque para o seguinte aresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - IMÓVEL HIPOTECADO EM FAVOR DE TERCEIRO - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO DO INCISO V, DO ART. 3º, DA LEI 8.009/90 - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Nos termos do art. 1º da Lei n.º 8.009/90, o bem de família é impenhorável, desde que comprovado que se trata do único imóvel de propriedade do devedor-executado, utilizado como residência da entidade familiar. A exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90, há que ser interpretada

restritivamente. A impenhorabilidade do bem de família pode ser oposta pelo devedor, ainda que o bem encontre-se gravado com ônus real (hipoteca), ressalvado a dívida em favor do credor hipotecário. (TJ-MG - AI: 10518110117893002 MG, Relator: Wanderley Paiva, Data de Julgamento: 04/12/2013, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/12/2013)

Além disso, há sensíveis diferenças entre as garantias de hipoteca e alienação fiduciária, não podendo as mesmas serem equiparadas. A principal delas está na forma de consolidação de propriedade ao credor em caso de inadimplemento. A hipoteca depende de execução judicial. Há, portanto, interferência estatal na sua concretização, podendo a justiça analisar as peculiaridades do caso com imparcialidade, inclusive a legalidade, a boa-fé e a aferição de que se trata de bem família e as peculiaridades de cada caso.

O mesmo não ocorre com os trâmites para recuperação do crédito na alienação fiduciária. Todo o processo é realizado de forma mais célere e extrajudicial, através do Cartório de Registro Imobiliário. De certa forma, sem o senso de equidade da justiça, podem ocorrer abusos, principalmente porque na maioria dos casos trata-se de um processo envolvendo de um lado, uma instituição financeira, que possui todo um aparato técnico e econômico a sua disposição. De outro, um cliente comum, que por vezes sem o conhecimento e o recurso necessário para defender-se.

Assim, interpretar o art. 3º, inciso V, da Lei 8.009/90 no sentido de conferir a alienação fiduciária de imóvel exceção à impenhorabilidade ao bem de família pode acarretar em injustiças sociais, permitindo que imóveis residenciais familiares sejam conscritos sem a intervenção estatal, esvaziando o objetivo da lei que é a proteção da família, do direito de moradia e da dignidade da pessoa humana.

Mesmo que se admitisse, por analogia, a incidência do art. 3º, inciso V, da Lei 8.009/90 à alienação fiduciária de imóveis, ainda sim adotar-se-ia a mesma interpretação restritiva que se tem dado a hipoteca, no sentido de só admitir a penhora se o crédito garantido tiver sido revertido em proveito da entidade familiar. Ou seja, não se pode renunciar o benefício da impenhorabilidade previsto no diploma legal para garantir dívida de terceiros ou de empresa da qual o devedor seja sócio, pois, se assim não fosse, o caráter protecionista da lei estaria esvaziado.

A renúncia à proteção legal deve ocorrer estritamente dentro das hipóteses previstas na lei e, ainda assim, se ocorrer, em benefício da entidade familiar.

A jurisprudência pátria converge para esta interpretação:

HIPOTECA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. LEI 8.009/90. ARTIGO 3º, INCISO V. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. O artigo 3º, inciso V, da Lei 8.009/90 deve ser interpretado de forma restritiva, incidindo apenas nas hipóteses em que a entidade familiar é devedora e beneficiária direta. Não se pode deixar de se considerar a natureza da dívida que deu origem à hipoteca, oriunda de pessoa jurídica, da qual o segundo proprietário, pessoa física, não logrou dar causa ou receber benefício, porquanto não mantinha nenhuma relação com a pessoa jurídica anterior proprietária do bem. Inexiste a possibilidade de renúncia à proteção legal da impenhorabilidade do bem de família, tendo em vista ser norma de ordem pública, portanto, indisponível. É de se manter o reconhecimento da impenhorabilidade do bem hipotecado em favor do INSS. (TRF-4 - AC: 1005 SC 2005.72.03.001005-0, Relator: VILSON DARÓS, Data de Julgamento: 01/08/2007, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 14/08/2007)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA . IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA À FAMÍLIA DE SÓCIO DA EMPRESA DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DE EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO PELA PESSOA JURÍDICA. IM PENHORA BILIDADE. LEI N. 8.009/90, ART. 3º, V E CC, ART. 20. EXEGESE. I. A exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, não se aplica à hipótese em que a hipoteca foi dada para garantia de empréstimo contraído pela empresa, da qual é sócio o titular do bem, onde reside sua família. II. Inexistência, na espécie, de situação em que a garantia hipotecária foi constituída em benefício da família, e, por isso mesmo, suscetível de penhora , nos termos do referenciado inciso V. III. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp 302.281/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 04.09.2001, DJ 22.03.2004 p. 310)

Não restam dúvidas de que as exceções à impenhorabilidade do bem de família devem ser interpretadas de forma restrita, para garantir a sua eficácia social. Ora, se mesmo diante de um bem de família dado em garantia hipotecada, pode-se operar a impenhorabilidade, imagina com relação à alienação fiduciária, que não está prevista expressamente como exceção no diploma legal.

Como visto no capítulo anterior, ainda aqueles que argumentam que não há de se falar em impenhorabilidade do bem imóvel dado em garantia fiduciária, pois o que ocorre é uma transferência de propriedade, de forma resolúvel, do

devedor/fiduciante ao credor/fiduciário, ficando este com a posse indireta e aquele com a posse direta. Com essa lógica, o bem não pertenceria mais ao devedor/fiduciante, que só tornaria a ser proprietário do bem caso adimplisse com a obrigação assumida. Esse é o entendimento de Chalhub (2000, p. 39), ao qual não se pode coadunar:

a propriedade fiduciária difere dos direitos reais constituídos com idêntica função, como são os casos do penhor, da anticrese e da hipoteca, porque nestes casos o titular da garantia tem um direito real *na coisa alheia*, enquanto que na propriedade fiduciária o titular da garantia é titular de direito de propriedade mesmo, embora submetido a compressão, pelo caráter fiduciário.

Em contrapartida, Ferreira Vaz (1998, p. 55), com propriedade, destaca:

Ressalta do contexto da Lei 9.514 que a transmissão da propriedade resolúvel, como parte integrante do contrato de alienação fiduciária, não significa a perda da propriedade pelo fiduciante, nem seu ingresso no patrimônio do fiduciário. A perda da propriedade, com o caráter que lhe empresta o Código Civil, somente ocorrerá quando, não pagas as prestações e seus encargos, consolidar-se a propriedade fiduciária, e, ainda, se for ela alienada no primeiro leilão, pelo valor estipulado no contrato; se for ela alienada no segundo leilão, pelo valor igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais; com a extinção da dívida e respectiva quitação, caso no primeiro e no segundo leilões os maiores lances não alcancem os valores mínimos supra mencionados. Trata-se, pois, de transmissão e aquisição, a que não se podem aplicar, de forma intransigente e dogmática, os conceitos tradicionais da propriedade e da própria alienação.

Dessa forma, não há de se falar em perda da propriedade do devedor/fiduciante, mas sim, uma garantia real, status que o § 1º do art. 17 da Lei 9.514/97 confere a alienação fiduciária de bem imóvel.

É impenhorável, portanto, o imóvel considerado bem de família dado em garantia fiduciária, pois, além de o mesmo integrar o patrimônio do devedor/fiduciante, sobre a garantia fiduciária não incide nenhuma exceção legal.

A lei que estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família, no entanto, tem como escopo principal a proteção da unidade familiar, o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana. Não há que se falar em proteção ao devedor ou ao direito de propriedade. Logo, não se pode admitir que o benefício legal seja utilizado por pessoas inescrupulosas, com o único intuito de contrair dívidas e

deliberadamente esquivar-se do pagamento, utilizando-se do instituto do bem de família somente nesta intenção. A boa-fé nos contratos, que será tratada no próximo tópico, deve ser preservada.

3.3. A boa-fé e a impenhorabilidade do bem de família

A boa-fé é um princípio que está previsto no Código Civil, em seu artigo 422:

Art. 422 Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O dispositivo em comento exige que as partes de um contrato ajam de forma correta desde as negociações prévias, passando pela formação até a conclusão e execução do contrato. Conforme explica Gonçalves (2013, p. 54), “Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem alega”.

O princípio da boa-fé divide-se em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva, segundo Gonçalves (2013, p. 55):

Diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, sendo levada em consideração pelo direito, para os fins específicos da situação regulada. Serve de proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra a realidade.

Por outro lado, a boa-fé objetiva:

(...) se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas. Classifica-se, assim, como regra de conduta. (...) está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe

sonegar informações relevantes a respeito do objeto do conteúdo do negócio. (GONÇALVES, 2013, p. 56)

Não há como catalogar as hipóteses de configuração de boa ou má-fé, sendo essa função atribuída ao interprete, estabelecendo o sentido e alcance em cada relação contratual.

Além do já citado art. 422, o Código Civil trata da boa-fé objetiva em mais dois dispositivos, *in verbis*:

Art. 113 Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

(...)

Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Posto isso, conclui-se que nos contratos de abertura de crédito junto a uma instituição financeira, o tomador do empréstimo deve agir com probidade e lealdade. O devedor deve manter em sua consciência a intenção de honrar a dívida assumida. De outra forma, estará agindo de má-fé. Logo, devedor de má-fé que coloca seu imóvel familiar em garantia fiduciária, não pode arguir a impenhorabilidade do bem e beneficiar-se de sua própria torpeza, além e enriquecer ilicitamente.

Imagine-se, no entanto, que um casal familiar pretende abrir um negócio juntamente com outros sócios fora do núcleo familiar. Para isso, necessitam de capital, de que não dispõe no momento. O casal, então, decide tomar um crédito junto a uma instituição financeira, exigindo esta um imóvel como garantia. Assim, o casal, inocentemente, aliena fiduciariamente o único imóvel que possui para moradia e própria e de seus filhos. Ocorre que o negócio não vai bem e assim, o casal mesmo fazendo um enorme esforço, não consegue honrar com as prestações do empréstimo contraído junto. A instituição financeira aciona o Cartório de Registro de Imóveis e após todos os trâmites extrajudiciais, leva o imóvel a leilão.

Ora, não houve no suposto caso, má-fé dos contratantes no momento da tomada do crédito. O crédito não foi honrado por motivos alheios à vontade do casal. O imóvel alienado é o único que o casal dispõe para moradia própria e de seus

filhos. Neste caso, deve-se operar a impenhorabilidade do bem, para impedir que o imóvel seja transferido para a instituição financeira.

A Lei 8.009/90 privilegiou a proteção familiar, em detrimento ao direito ao crédito. Porém, mesmo com entendimento que um bem imóvel de família dado em garantia fiduciária ser impenhorável, Logicamente, tal medida deve ser excepcional, pois sacrifica o credor. Este também possui seus direitos. Certo é que os créditos nascem por vontade das partes e pode ser injusto que o credor deixe de receber aquilo que lhe é devido. Com a relação a Lei 8.009/90, Marmitt (1995, p. 20) ensina que:

Nada justifica que ela seja distorcida e deturpada. Tem aplicação restrita, pena de se adulterar o espírito, de se livrar o devedor de qualquer execução, de se implantar insegurança nas relações jurídicas e de se destruir todo o direito obrigacional.

Não deve e não pode o referido diploma servir de instrumento para acobertar injustiças, favorecer maus pagadores e prejudicar credores que na atual sistemática já arrostam enormes dificuldades até receberem seus créditos, (...). A honestidade precisa ser enaltecida, e a Justiça não poderá jamais compactuar com privilégios descabíveis (...).

Almeja-se, então, caso a caso, uma solução pacífica que garanta a proteção familiar, o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana, fim previsto na Lei 8.009/90, mas, contudo, sem deixar os credores ao léu.

No caso específico do bem de família dentro do contrato de alienação fiduciária de imóveis, quando o fiduciário for instituição financeira, solução poderá ser retirada do Código de Defesa do Consumidor, como veremos adiante.

3.4. A solução está no Código de Defesa do Consumidor?

Como já foi visto, os contratos em geral, quando celebrados entre uma instituição financeira e um destinatário final do produto ou serviço, são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a qual editou a Súmula 297, que dispõe que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, consagrou em seu art. 4º, inciso I, o princípio da vulnerabilidade do consumidor. Previu, também, em seu art. 6º, inciso VIII, o benefício ao consumidor da inversão do ônus da prova.

As instituições financeiras, geralmente grandes corporações, tem a sua disposição um aparato técnico-jurídico e econômico bastante superior a um cliente comum. Diante de tal vulnerabilidade, foi que o legislador pretendeu proporcionar ao consumidor instrumentos capazes de garantir a defesa contra fornecedores de produtos e serviços.

No nosso entender, não age de má-fé o devedor que dá em garantia fiduciária o único imóvel que dispõe para moradia própria e de sua família, desde que suas intenções sejam leais. Diante da superioridade técnico-jurídica e econômica das instituições financeiras, devem estas certificar-se que estão utilizando o meio mais eficaz de garantia de seus créditos. Trazendo ao objeto do estudo, cabe à instituição financeira, certificar-se que o imóvel a ser alienado fiduciariamente está enquadrado na cláusula de alienabilidade e considerado bem de família legal. Para isso, uma consulta a cartórios de registro imobiliários, ou mesmo a exigência ao consumidor de demonstrar que aquele imóvel a ser alienado fiduciariamente não é o único imóvel que possui, já é suficiente para certificar-se de que o imóvel é bem de família e, desse modo, sujeito a impenhorabilidade. Lembramos que em face da exceção prevista no art. 3, inciso II da Lei 8.009/90, não há necessidade dessa preocupação se o crédito garantido for utilizado para aquisição, construção ou reforma do próprio imóvel alienado fiduciariamente.

Pode ocorrer, no entanto, que o bem alienado fiduciariamente passe a ser bem de família supervenientemente à celebração do contrato. Ou seja, ao tempo do contrato, o imóvel garantido não era o único que dispunha o devedor. Posteriormente, passou a ser o único bem a integrar o patrimônio. No presente caso, era dever do fiduciante zelar pela conservação da garantia, já que a época da celebração do contrato ele não estava gravado com a cláusula de impenhorabilidade. A cláusula de impenhorabilidade adquirida pelo imóvel superveniente a celebração do contrato pode ser caracterizada como má-fé do fiduciante e, portanto, o bem pode ter sua propriedade transferida a instituição financeira em caso de inadimplência.

CONCLUSÃO

Durante a pesquisa, pretendeu-se tratar dos principais aspectos da Impenhorabilidade do Bem de Família (Lei 8.009/90) e da Alienação Fiduciária, bem como analisar os aspectos jurídicos dos contratos envolvendo os dois institutos.

Da análise da Lei 8.009/90 e doutrina sobre o assunto, procurou-se conceituar o bem de família legal e abordar seus fundamentos jurídicos, bem como o estudo a sua impenhorabilidade. Pode-se concluir que o objetivo primordial da referida lei é a proteção do núcleo familiar, do direito à moradia e, principalmente da dignidade da pessoa humana. Por isso, demonstramos ser a Lei 8.009/90 ser norma de ordem pública, uma vez que o estado buscou tutelar importantes direitos jurídicos. Concluiu-se, então, que a proteção legal ao bem de família é irrenunciável por vontade das partes de um negócio jurídico, exceto nas situações específicas dispostas em lei.

No segundo capítulo foi abordado o instituto da Alienação Fiduciária de Imóveis, através da abordagem da lei 9.514/97 e doutrinas correlatas. Ficou constatado que o referido instituto é uma espécie de garantia real, não havendo, quando como querem alguns doutrinadores, uma real transferência de propriedade do fiduciante ao fiduciário. Ou seja, a propriedade e posse continuam com o fiduciante, porém condicionada ao adimplemento da obrigação. Ao fiduciário, cabe a posse indireta do bem alienado. Verificou-se a diferença existente entre a hipoteca, outra espécie de garantia real, e alienação fiduciária, que não se confundem. A diferença principal está na execução, em que a primeira depende de procedimento judicial, enquanto a segunda, não há interferência estatal, resolvendo-se tudo de forma extrajudicial.

No último capítulo verificou-se as situações em que um bem imóvel alienado fiduciariamente é considerado bem de família. Concluímos que, pelo fato da impossibilidade de renúncia à cláusula de impenhorabilidade e não haver exceção para a alienação fiduciária (exceto se o crédito for utilizado para aquisição ou construção do próprio imóvel, exceção prevista no art. 3º, inciso II, da Lei 8.009/90), o bem de família não perde a impenhorabilidade se for alienado fiduciariamente, e portanto, não pode ser transferido a instituição financeira em caso de inadimplência do fiduciante. Ressalte-se que em cada caso é necessário analisar a boa-fé do devedor, para evitar que o espírito da lei seja deturpado. No entanto,

com base no Código de Defesa do Consumidor, cabe a instituição financeira, no momento da contratação, averiguar a situação do imóvel que será alienado fiduciariamente, sendo o responsável pelo cuidado na proteção do crédito. Isso se deve ao aparato técnico-jurídico e econômico que dispõem as instituições, deixando os clientes em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: Atlas 2002.

BRASIL. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Lei 8009, de 29 de março de 1998. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 mar. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Lei 9514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 21 nov. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em recurso especial nº 182.223 – SP (1999/0110360-6). Relator: Humberto Gomes de Barros. Brasília, 06 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.mundonotarial.org/Bem%20de%20Fam%C3%ADlia%20-%20Solteiro.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento (0052241-24.2015.8.19.0000). Relator: Lúcia Miguel S. Lima. Rio de Janeiro, 15 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31891/excecoes-impenhorabilidade-familia.pdf?v23>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial nº 674.836 – SP (2015/0054218-6). Agravante: Neide Maria da Silva. Agravado: Banco Bradesco S/A. Brasília, 21 de maio de 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192711998/agravo-em-recurso-especial-aresp-674836-sp-2015-0054218-6>>. Acesso em 10 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 3622420115150147. Relator: Katia Magalhães Arruda. Brasília, 10 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157497215/recurso-de-revista-rr-3622420115150147>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível: 08238236920148120001-MS. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. Campo Grande, 1º de março de 2016. Disponível em <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321790962/apelacao-apl-8238236920148120001-ms-0823823-6920148120001>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação Cível nº 0010109054451. Relator: Almiro Padilha. Boa Vista, 14 de maio de 2015. Disponível em: <<http://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294676323/apelacao-civel-ac-10109054451>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos a Execução nº 70054171970-RS. Relator: Elaine Harzheim Macedo. Porto Alegre, 04 de julho de 2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113046398/apelacao-civel-ac-70054171970-rs>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Agravo de Instrumento nº 9700063160 – RS (2005.04.01.046311). Relator: Álvaro Eduardo Junqueira. Porto Alegre, 09 de maio de 2007. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1256840/agravo-de-instrumento-ag-26712/inteiro-teor-13987675>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Embargo de terceiros em apelação cível (2005.04.01.046311). Relator: Tânia Terezinha Cardoso Escobar. Porto Alegre, 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8618745/apelacao-civel-ac-50790-sc-970450790-9-trf4>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de instrumento e ação de execução nº 10518110117893002 - MG. Relator: Wanderley Paiva. Belo Horizonte, 04 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118546664/agravo-de-instrumento-cv-ai-10518110117893002-mg>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação cível nº 14755 (2002.71.08.014755-1). Relator: Marcio Antônio Rocha. Porto Alegre, 21 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1196030/apelacao-civel-ac-14755>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação cível nº 1005 - SC (2005.72.03.001005-0). Relator: Vilson Darós. Porto Alegre, 1º de agosto de 2016. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1257296/apelacao-civel-ac-1005>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 302281 – RJ (2001/0010337-5). Relator: Barros Monteiro. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198220/recurso-especial-resp-302281-rj-2001-0010337-5>>. Acesso em 11 set. 2016.

CHALLUB. Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CREIDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque. *Bem de família: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARMITT, Arnaldo. *Bem de família: legal e convencional*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

VAZ, Ubirayr Ferreira. *Alienação fiduciária de coisa imóvel: reflexos da lei nº 9.514/97 no registro de imóveis*. Porto Alegre: Fabris, 1998.