

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: A POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DE IMÓVEL (DE BEM DE FAMÍLIA) NAS QUESTÕES DE INADIMPLÊNCIA.

David Bitencourt Moura de Araújo¹

Raimundo Luiz de Andrade²

RESUMO: O presente artigo visa examinar as possíveis soluções para conflitos relacionados a alienação fiduciária e o bem de família, quando este é dado em garantia de forma voluntária. De tal modo, são realizadas análises sobre a evolução desses dois institutos até a contemporaneidade, assim como o tratamento dado a temática nos Tribunais pelo país, pela doutrina e como os entendimentos podem levar as decisões para o caminho comum de resolução de conflitos, a partir da proteção a moradia, baseada na função social. Este artigo foi desenvolvido a partir de pesquisas bibliográficas e tem como fonte livros, dissertações, artigos científicos e doutrina.

Palavras-chave: Bem de família. Contrato. Alienação Fiduciária. Inadimplência. Meios para resolução de conflitos.

ABSTRACT: *This article aims to examine possible solutions to conflicts related to fiduciary sale and the family property, when this is given as a guarantee on a voluntary basis. In such a way, analyzes are carried out on the evolution of these two institutes until contemporary times, as well as the treatment given the theme in Courts by the country, by the doctrine and how the understandings can take the decisions for the common way of resolution of conflicts, starting housing protection, based on social function. This article was developed from bibliographic research and has as source books, dissertations, scientific articles and doctrine.*

Keywords: *Family property. Contract. Fiduciary sale. Financial default. Means of alternative dispute resolution.*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONTEXTO HISTÓRICO DO BEM DE FAMÍLIA E CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. 1.1 Conceitos de Bem de Família e seus Aspectos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 1.2 Conceito de Alienação Fiduciária e seus Aspectos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 1.3 Principais Divergências e Entendimentos Quanto a Utilização do Bem de Família como Forma Garantidora do Contrato de Alienação Fiduciária 2. PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, APRESENTADOS NO CONTRATO DE

¹ Graduando em Direito – Universidade Católica do Salvador.

² Professor da Universidade Católica do Salvador e Coordenador Geral Faculdade de Direito Ruy Barbosa Salvador/Bahia, Mestre e Doutorando em Direito na PUC/SP, Advogado e Procurador do Estado da Bahia

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. 2.1 Princípio da Boa-Fé. 2.2 Princípio da Autonomia da Vontade 2.3 Princípio da Função Social. 3. POSSÍVEIS ESTRUTURAS PARA SE UTILIZAR NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, ACERCA DA PROTEÇÃO QUE SE REMETE AO BEM DE FAMÍLIA. 3.1. Técnicas dispostas ao Bom Senso e Justiça para a Resolução De Conflitos. 3.2. Bens Imóveis de Alto Valor. 3.3 Proteção da Entidade Familiar e o Mínimo Fundamental. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Alienação Fiduciária é um importante dispositivo contratual em nossa sociedade e ordenamento jurídico. Essa modalidade de contrato trouxe um maior poder de comercializar e adquirir bens aos cidadãos brasileiros e, sobretudo, uma maior segurança jurídica para esse tipo de transação. Quando falamos sobre bens imóveis e toda sua legitimidade processual, destacamos a Lei 9.514/97, com ela, esse processo relacionando a alienação fiduciária ficou mais prático e conveniente para as partes, tendo aceitação imediata e de grande escala por todo o país.

A lei 9.514 de 1997 trouxe também um expressivo número na realização desse tipo de contrato, essa segurança jurídica foi determinante, mas, ainda mais que isso, a facilidade do novo instituto e seu acesso alcançou a sociedade de forma geral, como certa evolução na especificação para a regulamentação de bens imóveis, a lei anterior precisava ser atualizada já que desde a década de 60 seguiam aquela promulgação. Com esse grande número de contratos após essa maior minúcia advinda com a lei 9.514/97, também vieram as adequações sucedidas da própria sociedade, ainda que o legislador busque esgotar os detalhes na realização de uma lei que conduzirá certo regramento, o fatídico real é inalcançável e a criatividade brasileira por vezes faz surgir situações não pensadas anteriormente.

Em uma dessas situações envolvendo diretamente a Alienação Fiduciária, temos a figura do bem dado em garantia, o trabalho em questão versará quando este bem oferecido de forma voluntária for um bem de família, sendo que este poderá sofrer as sanções previstas em lei e poderá ser transferido a sua titularidade com a possível fase do inadimplemento. Nota-se a existência de uma larga discussão jurídica acerca da possibilidade dessa transferência de titular do imóvel alienado em razão do descumprimento diante das instituições financeiras. Este trabalho também englobará

uma série de entendimentos adotados pelos Tribunais e Cortes superiores do país sobre o tema.

Destaca-se além da lei 9.514/97, a importante questão trazida de encontro com outro instituto, quanto ao próprio bem de família e seus principais pontos com a lei 8.009/90. A proteção ao bem de família se alia a proteção da propriedade, mais que isso, ao direito fundamental da moradia, presente como instituto de grande estima em nosso país. Assim, o foco deste trabalho se dará a indagar quais as possibilidades possíveis sobre a transferência da titularidade desse bem imóvel especificamente direcionado a família, ainda que oferecido de forma voluntária no negócio jurídico da alienação fiduciária.

Como não há até o momento, lei que regulamente a questão, é fundamental que se faça uma análise sobre a evolução desses institutos até aqui e como a temática é tratada pelo Brasil em seus Tribunais, como os posicionamentos, mesmo que divergentes, possam trilhar um caminho para esse possível entendimento comum, o que deveria levar ao ideal da regulamentação.

Todo o histórico do contrato de Alienação Fiduciária, chegando até a especificação de bens imóveis, é necessário analisar pois faz-se entender que podemos seguir em evolução, é preciso buscar o aprimoramento pois surgem questões não previstas e tal quais imprescindíveis ao nosso cotidiano, assim como não menos importante salientar todo o contexto que o direito de propriedade e a visão acerca do bem de família se deparou até os dias de hoje, como esses dois institutos podem ter se encontrado ao longo dos últimos anos.

A evolução do direito acompanha uma série de atualizações em aspectos culturais e sociais, podemos por exemplo associar a promulgação de determinada lei ligada a um contexto de impulsionamento imobiliário proposital do país e a segurança jurídica que aquele instrumento tinha como objetivo, trazendo assim quais os pontos importantes foram resultados dessas decisões e que benefícios a curto e a longo prazo decorreram para a sociedade e seus operadores.

Nesse caminho a buscar uma explicação, a provar sob uma certa melhora pontos que possam ser adotados, são imprescindíveis a adoção e o suporte de princípios essenciais que irão nortear as soluções mais satisfatórias quanto ao

problema. Esses darão seguimento ao entender de toda a situação que envolve o problema aqui tratado. A harmonia entre os dois institutos é o principal objetivo quando se trata de buscar a elucidação dos conflitos gerados por essa problemática.

Abordaremos o princípio da boa-fé, indispensável para qualquer relação jurídica entre partes, o princípio da autonomia da vontade que, conjuntamente analisado com o princípio da função social, nos dará margem para estudar os limites do que há de fundamental e de direito a serem respeitados. A junção dos princípios será determinante para se alcançar o objetivo proposto, traçando os direcionamentos de cada um dos princípios anteriores, o sentido sugerido a se chegar em um resultado comum, levando em consideração os aspectos contratuais da alienação fiduciária e alcances quanto ao bem de família.

O objetivo central do trabalho é de obter possibilidades reais tanto para a resolução de conflitos, quanto a matéria em si do que se trata a regulamentação de algo que se torna corriqueiro a cada dia. O inadimplemento contratual de uma parte enfraquecida, desigualmente amparada ao ser confrontada por outro lado completamente oposto de condições. Tudo isso se concretizou ao passar do tempo, sem ser previsto ou pensado, assim se enxerga a necessidade de obter êxito em corrigir falhas pertinentes a legislação vigente.

Outros parâmetros também se valerão de destaque, com uma grande gama de problemas relacionados ao problema discutido, é respeitável que se tome disposições prováveis a outros casos, como a aplicação da lei que versa sobre o mínimo vital para sobrevivência e até mesmo técnicas de avaliação quanto a imóveis de alto valor que possam ser auxiliados por um escopo que não lhe convém.

Este Artigo Científico tem como objeto de metodologia o foco central nas buscas em pesquisa bibliográfica acerca do tema proposto, visando o uso de material publicado, como livros, artigos, revistas jurídicas, periódicos e outras fontes disponíveis na internet (por exemplo, Google Acadêmico, banco de dados de Universidades, etc.).

Além da pesquisa bibliográfica, esse estudo contará também com a possibilidade de pesquisa que influencie no desenvolvimento do artigo, a partir de estudo de caso, que demonstre com aprofundamento, como exemplos de ocorrências

distintas possam ter sucesso ou, a chance de convergir em uma nova forma de se entender as práticas do assunto proposto em busca de uma solução satisfatória. Uma das formas que isso se apresenta, é a obtenção de casos práticos disponíveis a partir de jurisprudência presente em nosso ordenamento jurídico.

No aspecto de abordagem e enfoque do problema, a pesquisa se dá na forma qualitativa, de interpretação/compreensão do problema. Assim, conta com a análise de dados não-métricos, não se submetendo a provar fatos específicos, a ter estudo de estatísticas ou obtenção de resultados a partir de recursos exatos. Visando produzir informações aprofundadas que sejam capazes de inovar acerca do tema proposto, se concentrando nas questões de explicação das relações sociais aliadas ao ordenamento jurídico brasileiro, a experiência humana no contexto em que são adotadas regras ao cotidiano e seus direitos fundamentais respeitados.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DO BEM DE FAMÍLIA E CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O bem de família é amparado pela lei 8.009 de 1990, pelo Código Civil de 2002 e pela Constituição Federal de 1988. Nesta última, temos o marco de ter surgido na Carta Magna a partir do seu artigo 5º em seus direitos e garantias fundamentais, as previsões do direito de propriedade no inciso XXII e em seguida que “a propriedade atenderá a sua função social” em seu inciso XXIII. É nitido que seu principal significado traga uma segurança em caráter de impenhorabilidade desse bem familiar, é claramente um advento para uma garantia fundamental a moradia.

Ainda sobre esse direito a moradia, em seu artigo 6º, a Constituição Federal prevê especificamente os Direito Social a Moradia, sendo uma necessidade básica ao cidadão brasileiro, mais além, a proteção desse bem de família é inclusive possessória, garantindo o seu domínio não obstante se discuta o título mas ainda em caráter real de posse daquele imóvel, como versou o mestre Orlando Gomes: “[...] assumiu a Constituição de 1988 a missão de conferir estatuto elevado à proteção possessória, sob a luz das regras e princípios concernentes à função social da propriedade.” (GOMES, 2012).

A partir de Cristiano Chaves e Nelson Rosenwald (2014, p. 197), temos as

origens desse instituto, retomando a Antiga Roma quando trouxe a esse patrimônio da família a inalienabilidade desse tipo de bem. Mas o maior destaque se dá para a “Homestead Exemption Act” versada no Estado do Texas (na época República do Texas), quando ainda não fazia parte Confederação dos Estados Unidos da América. Este ato protegia diretamente o bem como ao conferir o seu resguardo de domicílio em meio a crises econômicas e incentivando que os cidadãos optassem pela fixação em suas terras por meio de financiamentos, para assim pudessem reerguer a economia, vale destacar o contexto histórico dos meados anos do velho oeste americano antes e depois de sua Guerra Civil entre 1861 e 1865, onde a lei e honra estavam conjuntamente ligados e muitas vezes o poder público não prestava totalmente esse amparo.

Deste modo, para tranquilizar seus cidadãos e garantir a proteção da impenhorabilidade de seu imóvel e alcançando inclusive alguns bens móveis, foi promulgada em 1839 a Lei do Homestead naquela República do Texas, trazendo essa segurança em um ato muito presente já nessas épocas quanto ao bem de família do pequeno produtor rural e da propriedade urbana que não atingisse determinado valor em dólares. A lei ganhou muito destaque justamente por impedir que muitos dos seus cidadãos perdessem sua propriedade para grandes instituições financeiras por meio de imensas dívidas e casos de inadimplemento. De tal modo, não demorou para que diversos Estados americanos adotassem aquela redação e promulgassem leis nessa maneira protecionista, como disse Silvio de Salvo Venosa: “[...]o êxito foi tão grande, tanto que o instituto foi adotado por outros Estados da nação norte-americana, tendo ultrapassado suas fronteiras”. (VENOSA, 2011).

Como se mostrou bastante eficaz e promissora a decisão do Texas, não somente dezenas de Estados americanos adotaram a referida lei de proteção, mas também se viu uma expansão para o mundo, com a adequação em diversos países da Europa e Américas. Como detalha Álvaro Villaça Azevedo, o bem de família foi implementado no Canadá como lei federal no ano de 1878, na França em julho de 1909, no México em seu Código Civil de 1928 vigendo a partir de 1932, assim como na Itália também em seu Código Civil de 1942 nos artigos 167 a 171, em Portugal pelo Decreto 7.033 em outubro de 1920 e também na Argentina em sua Lei de número 14.394 promulgada em dezembro de 1954 (AZEVEDO, 2001).

Observa-se um sucesso que transcendeu fronteiras e oceanos ao passar dos anos desta ideia texiana como um instituto, o impedimento de que instituições poderosas se aproveitassem da fragilidade dos seus já vulneráveis cidadãos fez o que a sociedade aceitasse facilmente essa implementação e fosse amplamente beneficiada. No Brasil, em seu Código Civil de 1916, surgiu ainda que timidamente como previsão a proteção de um bem de família que ficasse livre de execuções fiscais e de dívidas, para que fosse garantida na figura do seu líder, o amparo a esse domicílio relacionado diretamente a moradia daquela entidade familiar.

Como já demonstrado, foi com a Constituição Federal de 1988 que isso se tornou mais concreto e seguro em nosso país, alcançando o mínimo de dignidade concedida a esse caso e com certa similaridade a Homestead do Texas, traz também em seu artigo 5º, XXVI, a previsão voltada para a pequena propriedade rural, sendo essa impenhorável para pagamento de débitos relacionados de sua produção e podendo adquirir meios de financiamento para seu próprio desenvolvimento. Sem dúvida um equilíbrio necessário quanto a tranquilidade em que o Estado Democrático de Direito deve ceder aos seus cidadãos menos favorecidos em vista das grandes instituições financeiras.

Quanto a figura da Alienação Fiduciária e seu negócio jurídico, esta teve sua origem no Direito Romano a partir de duas modalidades. Antes disso, a fidúcia ou “confiança”, teve como base uma importante mudança até em meios culturais daquela sociedade, com a ascensão da *Lex Poetelia Papiria* no ano de 326 A.C., impedindo que os castigos físicos, aceitáveis para a época, absurdamente perdurassem por mais tempo.

Essas duas modalidades se apresentavam como: a fidúcia *cum amico* e a fidúcia *cum creditore*, nesta primeira não existia a finalidade de garantia, mas sim um contrato de confiança entre as partes, onde o fiduciante alienava seus bens a um amigo contra circunstâncias diversas, tais como ausência prolongada, risco de falecer em guerra e perdas em razão de possíveis eventos políticos. Assim, se estipulava a condição de ser-lhes entregue aquele bem quando cessadas tais circunstâncias. A fidúcia *cum creditore*, por sua vez, possuía caráter de garantia, pois o devedor passava seus bens ao credor com a condição de recuperá-los caso este honrasse o acordo dentro do tempo estipulado com o pagamento da dívida. Nota-se que em

ambas as situações existiam a transferência do bem com uma finalidade, sendo que, depois de cumprida tal finalidade o adquirente tinha a obrigação de restituir a coisa ou direito ao alienante (GONÇALVES, 2008).

Em nosso país, a Alienação Fiduciária surge no ano de 1965 com a Lei nº 4.728, regulando o mercado de capitais e tendo a princípio, o objetivo de garantir somente os bens móveis. Na década 60 o Brasil passava por uma grande recessão econômica, que levou o parque industrial a apresentar ociosidade. Com o intuito de acelerar o ritmo de desenvolvimento, o governo brasileiro apresentou um plano de ação econômica para conter a inflação e prover reformas sociais. Fazia parte do plano de ação do Governo, a estimulação ao crédito para consumo de bens duráveis, no entanto, para que as empresas pudessem conceder créditos ao consumidor era necessário que fossem mais eficazes as garantias dadas em razão do crédito disponibilizado pelas empresas (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Diante desta necessidade, foi trazida ao ordenamento jurídico em 1969, para acompanhar a necessidade do mercado já aquecido, então criado pelo legislador o decreto Lei nº 911/69, onde foi prevista a garantia aos credores de que em casos de inadimplemento da obrigação por parte do devedor, seria possível a retomada do bem através da Ação de Busca e Apreensão. Posteriormente, sobre a matéria sobrevieram a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, instituindo a alienação fiduciária de coisa imóvel, como comentado anteriormente, esta será de fundamental importância para esse trabalho. Também está previsto no Código Civil em seu Capítulo IX, a propriedade fiduciária nos artigos 1.361 a 1.368-B (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

1.1 Conceitos de Bem de Família e seus Aspectos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Quanto ao conceito de bem de família, temos na doutrina majoritária que quando se denomina um bem como de família, este recebe em seu escopo natural o caráter de impenhorabilidade, sendo impedida a perda da propriedade por conta de alguma inadimplência ou execução forçada de dívida, assim como é encoberto por esse sentido a partir da Lei 8.009 de 1990, do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, onde são regulamentadas as proteções devidas.

Como já bem explicitado, o bem de família tem como principal função proteger

e resguardar a base de uma entidade familiar, fomentar uma segurança de inviolabilidade em seu ambiente, fazendo com que mesmo na ocorrência de uma inadimplência contratual não se perca a propriedade, assim como nos casos de execução a partir desses descumprimentos. Como instituto jurídico, a legislação ao mesmo tempo que traz a tranquilidade, versando a partir da Constituição Federal, pelo Código Civil e pela Lei 8.009/90, também regulamenta as possibilidades, ainda que mínimas, da perda dessa propriedade em famigeradas situações que possam ocorrer relacionadas a esse bem.

A partir dessas regulamentações, a doutrina majoritária versa pela total inviolabilidade da propriedade quanto ao bem de família, é suscinto no conceito de impenhorabilidade e defende que este bem não poderá sofrer quaisquer tipos de execução, justamente por esse caráter de proteção e de segurança jurídica que lhe é disposto.

No novo Código Civil, constam as duas modalidades de bem de família, seja ele voluntário ou legal, previstos do artigo 1.711 ao 1.722, onde assegura que qualquer pessoa se valerá desse “artifício” por direito e preenchimento dos requisitos legais e necessários. Para o bem de família voluntário duas características, como já apresentado são destinadas, sejam elas a impenhorabilidade e a inalienabilidade, limitando assim o poder em relação a sua comercialização, o que afastaria completamente de todo o sentido de proteção inerente ao bem, assim como uma possível chance de oferta, caracterizando novamente como garantia para alguma transação. Assim, fica ausente a ocasião o determinado bem como moeda de garantia ou troca, saindo do contexto comercial de qualquer processo.

Quanto ao bem de família legal, se dispõe na Lei 8.009/90 sua regulamentação, que traz independentemente da vontade do beneficiário a proteção necessária, afim de garantir o direito a moradia e conseqüentemente a impenhorabilidade do bem de família destinado a sua residência. A grande função social da moradia é de grande alcance jurídico quando tratamos da matéria em questão. Nota-se que vai além, essa proteção pode ser aliada facilmente a dignidade da pessoa humana, no direito de preservar algo tão fundamental como é previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2. Conceito de Alienação Fiduciária e seus Aspectos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

O surgimento da Alienação Fiduciária em Garantia vem com a promulgação da Lei nº 4.782 em julho de 1965, chamada de Lei de Mercado de Capital, e em seu artigo 66 estava previsto o primeiro indicio desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, como dito anteriormente, inspirado no direito romano. Pouco depois tanto a lei quanto o artigo em questão foram modificados, disciplinando a alienação fiduciária a partir do Decreto Lei de número 911 em 1969.

Conceituado por manter o devedor na posse do bem e ao mesmo tempo garantir uma segurança para ambas as partes, pois era registrado na matrícula como averbação todo o trâmite em que acordariam os elementos daquele contrato, o devedor teria a administração do seu bem mesmo nessa posição teoricamente desfavorável, o que se mostrava justamente o objetivo fim dessa celebração.

Mas, esse instituto ganhou respaldo apenas anos depois, quando em novembro de 1997 com a Lei nº 9.514, fincou e se fez presente no ordenamento jurídico brasileiro especialmente para regulamentar as operações que envolveria o mercado imobiliário e conseqüentemente os bens imóveis. Assim, vem sendo usado constantemente para garantir essa lisura entre contratantes. Surge justamente para conectar as partes em um pacto de confiança entre esses contratantes, ao ceder algo para que de alguma forma se assegurasse um bem enquanto fossem cumpridos os pontos acordados e ao final desse pacto o bem se transmitiria automaticamente para o então devedor.

Segundo Orlando Gomes (2008), o contrato de alienação fiduciária conceitua-se como sendo “o negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, normalmente retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la”. Ou seja, esse devedor-fiduciante fica obrigado a restituir a coisa até que se esgote o cumprimento daquela obrigação e ele tenha o bem alienado de forma definitiva, com o termo de quitação. Bastante comum e usual por ter tamanha facilidade de ser consumado e garantidor de uma segurança jurídica satisfatória, pois ao tempo que não se cumpra o acordo do contrato da alienação fiduciária, o fiduciário terá meios previstos legalmente para iniciar uma execução quanto ao inadimplemento, do mesmo modo continuar com o vínculo de registro daquele bem como proprietário fiduciário.

Assim, a alienação fiduciária consistirá na celebração de contrato em que o devedor-fiduciante garantirá que a obrigação será efetivada pactuado a transferência do bem pelo credor-fiduciário, enquanto este será o proprietário resolúvel, ficando com a posse indireta e conseqüentemente cedendo a posse direta ao devedor-fiduciante.

Em que incida a obtenção dessa garantia, muitas vezes o bem de família é o objeto desse contrato de alienação fiduciária, ainda que fique claro a partir da já comentada Lei nº 8.009/90, que esse imóvel de caráter familiar não poderá responder por quaisquer dívidas e até mesmo por uma execução. Por isso é importante que discorramos primeiramente ao que possa ponderar e balancear usando os princípios que cercarão o tema em questão afim de dar a devida importância para cada um dos institutos.

1.3. Principais Divergências e Entendimentos quanto a Utilização do Bem de Família como Forma Garantidora do Contrato de Alienação Fiduciária.

A partir dos pontos tratados até aqui, temos de trazer os diversos entendimentos adotados quanto ao uso do bem de família como garantia em face do contrato de alienação fiduciária, o que em caso de inadimplência acarretaria até mesmo em uma execução no fim do seu processo, levando assim a uma transferência da titularidade desse bem, algo possível e previsto quando descumprido o contrato.

Diante de ampla margem tanto das situações fáticas reais, quanto dos entendimentos possíveis, é importante destacar os caminhos em que a jurisprudência adota, justamente para um maior apanhado de probabilidades em que pese uma regulamentação segura e que se mostre usual, com o objetivo de trazer um juízo comum a esses casos, o que conseqüentemente embarcaria numa maior segurança para as partes envolvidas.

Passa pela completa complexidade de decisão em lidar com um assunto tão delicado a um âmbito familiar como também a escolha livre e bilateral quando falamos em contratos celebrados. Esse trabalho visa justamente alcançar uma possível conclusão plausível para a regulamentação desses casos. Analisaremos assim jurisprudências que indiquem caminhos, mesmo que distintos, de como os Tribunais brasileiros tratam esses casos.

Ainda que a Lei nº 9.514/97 tenha um considerável tempo em vigência, muitas dúvidas perduram na questão de alguns dos seus procedimentos. As negociações avançaram com o tempo e naturalmente se aperfeiçoaram juntamente com esse amadurecimento de anos, assim surgiram as mais diversas possibilidades de celebração desse tipo de contrato. Uma dessas possibilidades é a de não poder identificar se o alienante estaria agindo de boa-fé ao oferecer o bem em garantia, pois a legislação não é capaz de prever se este estará livre e desembaraçado por exemplo. Por outro lado ocorre também desse bem ser dado de forma voluntária, e essa é uma vertente onde Tribunais adotem a perspectiva de cumprimento dos contratos celebrados, afastando toda a complexidade que comentamos em considerar esse bem um porto seguro familiar. Dessa forma, é importante e válido apresentar soluções e técnicas que possam ajudar a resolver esses conflitos e que estejam de acordo com os diversos seguimentos apresentados a forma de transferência de titularidade desse bem.

Como exemplo, a seguinte e recente jurisprudência traz a possibilidade da transferência de titularidade do bem de família, alegando ser uma exceção a proteção no caso deste ser dado de forma voluntária a garantia:

AÇÃO REVISIONAL. CONTRATOS BANCÁRIOS - EMPRÉSTIMO A PESSOA JURÍDICA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM DE FAMÍLIA.

1. Segundo exegese do artigo 22, caput e § 1º, da Lei nº 9.514/97, a garantia por alienação fiduciária não é exclusiva dos contratos de financiamento imobiliário, podendo incidir em outras modalidades de financiamento, inclusive celebrados por pessoas jurídicas, não sendo a alienação fiduciária privativa das entidades que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI.2. A jurisprudência tem considerado que a constituição voluntária em garantia pelo instituto da alienação fiduciária configura hipótese de exceção à proteção do bem de família, como no inc. V do art. 3º da Lei n. 8.009/90.3. O artigo 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/1990 expressamente prevê a possibilidade de penhora de bem de família do imóvel dado em hipoteca pelo casal ou entidade familiar, ou seja, trata-se de exceção à impenhorabilidade do bem de família.

TRF-4 – AC 5000056-41.2017.4.04.7133 RS 5000056-41.2017.4.04.7133, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE D&APÓS; AZEVEDO AURVALLE, Data Julgamento 28/11/2018, QUARTA TURMA)

O outro seguimento comentado trata-se da impenhorabilidade total do bem de família, qualquer que seja a situação. Do contrário, nota-se que a jurisprudência a seguir usa da mesma Lei de número 8.009/90 do caso anterior, mas por esse lado

visando a completa proteção do bem impedindo a execução por dívida, impossibilitando assim a transferência da titularidade da propriedade:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. ALIENAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a alienação do único imóvel residencial que serve de moradia ao executado e sua família, ainda que em momento posterior à inscrição em dívida ativa e ajuizamento da execução fiscal, e, mais, da própria citação do executado, não afasta a proteção prevista na Lei n.º 8.009/90, inviabilizando caracterização da fraude à execução, na medida em que o bem de família jamais poderia ser expropriado para satisfazer a execução.

(Apelação Cível Nº 70078336583, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 08/08/2018).

Como demonstrado a partir de duas diferentes vertentes, não há uma consolidação do que seja seguro seguir, os mesmos artificios da lei são explorados em caminhos opostos e isso gera uma insegurança e incongruência jurídica. A contradição é apresentada em um tema tão complexo e delicado, muitas vezes sequer se pondera a real situação em que se encontra o caso. Um entendimento fundamentado é necessário, ainda que técnicas de sejam adotadas, maneiras de se contornar os conflitos devem ser estudados para se chegar em uma ponderação, até mesmo da possibilidade de relacionar a decisão ao valor do imóvel e a plausível condição familiar exposta, tudo isso deve ser levado em consideração.

Deste modo, adentraremos ao estudo dos princípios que regem os institutos em discussão desse contrato e que guiarão os caminhos para a resolução da problemática aqui debatida.

2. PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, APRESENTADOS NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

É de grande relevância que apresentemos os principais princípios acerca deste tema, afim de analisarmos o que estaria de acordo com a legislação e apontar possíveis soluções e limites para a discussão do problema central abordado. Inegável a importância dos princípios para qualquer estudo que esteja relacionado as ciências jurídicas, nesse caso não seria diferente.

Faz-se necessário elucidar o papel dos princípios nessas discussões, como a teoria dos princípios se relaciona com a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. Os princípios servem a valorização do comportamento das relações humanas, a frente muitas vezes do que rigidamente a norma demonstraria ou até trazendo uma interpretação que contribua com o proposto, assim, devem ser ponderados em todo o caso.

Para Ronald Dworkin a aplicação dos princípios se diferem da aplicação das regras justamente por estas apresentarem um “tudo ou nada”, ela será aplicada rigidamente e quando duas apresentarem caminhos diferentes, uma delas não poderá ser válida. Em contrário a isso, os princípios apresentam fundamentos, e ainda que distintos, acrescentarão ao caso mesmo que não estejam em consonância. Robert Alexy vai além, aponta que esse possível conflito entre princípios será passível da ponderação a partir do caso concreto, moldando a melhor forma de lidar com o que se faz necessário. Mas em todos os critérios e análises, não cabe aqui apontarmos distinções entre regras e princípios, pois são do mesmo modo essenciais na sua forma, como bem aponta Humberto Ávila:

“O importante é que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido.” (ÁVILA, 2006, pg 48-49).

Os princípios aqui abordados tem a direta intenção de abordar os entendimentos possíveis sobre a alienação fiduciária relacionado ao bem de família, cabendo a análise de cada um deles em separado ou em conjunto a partir do que se mostre necessário ao caso em questão, na proteção das partes na celebração dos contratos e nas relações da sociedade. Se faz necessário esse poder de abstração que se concentra em cada princípio, para alcançar a resolução dos conflitos aqui estudados, assim, apresentamos o princípio da boa-fé, o princípio da autonomia da vontade e o princípio da função social.

2.1 Princípio da Boa-Fé

A boa-fé surge em meio a um sistema de ações advindos do direito romano,

em que pudesse identificar pessoas comprometidas nesse princípio e seguras de quem estariam relacionadas a uma transação honesta e de caráter ilibada, por exemplo.

Os conceitos da boa-fé podem ser diversos, mas de forma geral esse princípio irá reger um mútuo compromisso com a honestidade, colaboração entre os acordantes e uma maior lisura quanto ao contrato celebrado. Ao estar disposto a concordar com um contrato, a vontade não poderá ser duvidosa, pois assim não seria conferido a confiança nessa cooperação mútua falada anteriormente, não existiria assim o princípio da boa-fé creditado a uma das partes, fazendo com que se perdesse a franqueza do processo.

Cristiano Chaves por diversas vezes muito concentra a boa-fé na questão e vertente objetiva, mas encontra em sua origem que este princípio seria a “sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e na retidão garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo”, seguindo a linha de raciocínio de modo coletivo, em um respeito visto a partir da sociedade, quando completa: “[...] incentivando o sentimento a justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura” (FARIAS, 2015).

Isto é, a boa-fé é imprescindível para o caminho satisfatório de qualquer acordo celebrado, parte do singular mas alcança em potencial o interesse coletivo. Também por isso, está diretamente ligado a diversas relações jurídicas e previsto expresso e legalmente em nosso ordenamento no artigo 422 do Código Civil. E ainda que falemos na letra da lei, o princípio serve justamente para ultrapassar e não ser limitado nesse caminho de ideias. A boa-fé como princípio deve permanecer presente em todas as ações possíveis, é um requisito para a dignidade de uma sociedade justa.

Assim, observamos também uma subdivisão, contando entre a boa-fé subjetiva e objetiva. Esta primeira conta com as previsões dos artigos 1.201, 1.214 e 1.219, naquele plano das ideias necessárias para ir além das nossas relações jurídicas, decorre da vontade entre partes partindo da condição psicológica, nada tem a ver com alguma cláusula de contrato por exemplo. Já a boa-fé objetiva, como já comentado, é necessariamente precisa e contundente como requisito de acordo em um negócio celebrado. Ela é indispensável, por exemplo, para o contrato de alienação fiduciária,

pois conta como grande ponto de consolidação, a segurança transmitida entre os elementos daquele pacto. Cada uma delas é de grande importância, trabalham nas suas esferas para alcançar o fim comum de uma boa e honesta relação.

2.2 Princípio da Autonomia da Vontade

Quanto ao princípio da autonomia da vontade, é importante salientar a condição do sujeito capaz de fazer parte de um negócio jurídico. A partir disso, temos a vontade de cada um em celebrar um acordo, este é o ponto de partida para qualquer contrato se iniciar, a base para esta matéria. Contamos com a liberdade individual como grande precursora dessa “ignição” onde é coberta em princípio pela Constituição Federal.

Ninguém é obrigado a fechar um acordo contratual, parte de sua autonomia e pretensão em celebrar o determinado negócio, isso é claro quanto ao princípio, mas obedecendo tudo o que se consta no referido concordado, fora desse plano em questão, deve-se seguir um certo limite quanto a cerceação dessa mesma liberdade prévia, como no caso do cumprimento de uma execução forçada por exemplo. Essas circunstâncias passam da figura de uma escolha para a de uma obrigação. O princípio da autonomia da vontade mostra que as partes devem atender todo o objeto previamente estabelecido, deverá ser realizado além do que for imposto mutualmente, todo o regulamento legal previsto, incluindo as formalidades e penalidades.

É facultado de tal modo para a pessoa ansiar a adequação daquilo a sua vida ou não, irá se realizar com a disposição de assumir a obrigação imposta pela contrapartida que almeja. Mas podemos observar a partir de outra ótica inerente aos comentados princípios, como novamente traz e destaca Cristiano Chaves:

“É preciso aqui registrar, reiterando posição antes evidenciada à exaustão, que o elemento volitivo, fruto da autonomia da vontade e da autonomia privada, marca registrada do negócio jurídico, não mais assume caráter absoluto, sofrendo, sempre, as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública, notadamente constitucionais, por força da proteção destinada à pessoa humana, realçando sua necessária dignidade (CF/88, art. 1º, III). É que a personalidade humana deve estar, sempre, sublinhada como valor jurídico insusceptível de redução a situações-tipo, sendo mister sua proteção eficaz e efetiva, nas múltiplas e renovadas circunstâncias em que se encontre”. (FARIAS, 2015, pg. 36).

A grande questão sob este princípio se dá quanto a sua aplicação, que não

deverá ser isolada dos outros princípios apresentados deste trabalho, pois aliado a outros pontos de destaque, é importante salvaguardar as ações do plano fatídico da realidade, afim de ter um melhor aproveitamento desse recurso.

2.3 Princípio da Função Social

Este princípio norteia um dos pontos essenciais a proteção da sociedade, quando relacionamos a uma negociação jurídica a imagem do individual da espaço a um interesse maior de toda a coletividade, assim é ágil para uma determinada situação de uma parte, mas que seja de interesse direto aos direitos fundamentais da pessoa humana, é trazer o que foi pactuado em contrato consoante a adequação das normas constitucionais de amplo valor a sociedade.

O princípio da Função Social não altera ou visa mudanças quanto a liberdade e a autonomia para se contratar, pelo contrário, só traz uma maior contribuição a valorização do negócio jurídico. Acarreta em uma maior composição ao acordo, deduz que o pacto deverá estar mais adequado ainda a realidade local e a ordem constitucional vigente. Não serve assim para limitar, diminuir ou até mesmo restringir os poderes de escolha do cidadão, este princípio é de suma importância pela segurança que busca para a coletividade como um todo e principalmente a um possível polo enfraquecido, que não tenha poderes para balancear a relação.

Pode parecer contraditório se falar em não restringir a vontade, não impor limites as partes, adotando requisitos de norma constitucional a direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, e é este o grande ponto, é intrínseco a uma boa relação contratual e ao interesse maior a sociedade o cumprimento de tais princípios e normas que guiarão determinada convenção a finalidade comum. Como bem diz o professor da Universidade Católica de São Paulo, Fábio Ulhoa Coelho, “não atende a função social, assim, os contratos cuja execução possa sacrificar, comprometer ou lesar, de qualquer modo interesses metaindividuais”. O objetivo é constituir certo equilíbrio entre as partes e que dessa relação ultrapasse de forma benéfica, a toda a sociedade, resoluções positivas que contribuam para seu desenvolvimento. (COELHO, 2012)

O princípio da função social está previsto no artigo 421 do Código Civil, o legislador deixa claro a preocupação que se siga todo o nosso ordenamento jurídico

de forma que se valorize o interesse coletivo. Podemos ver neste uma relação maior quanto ao princípio da boa-fé do que com o princípio da autonomia da vontade, mas isso só acrescenta a gama de ideias e pensamentos que possamos desenvolver em prol de uma sociedade mais igualitária e justa. Sua finalidade será alcançada quando as partes não sofram prejuízo e que não se cause dano a sociedade de algum modo.

3. POSSÍVEIS ESTRUTURAS PARA SE UTILIZAR NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, ACERCA DA PROTEÇÃO QUE SE REMETE AO BEM DE FAMÍLIA

O contrato de alienação fiduciária se tornou bastante usual no dia-a-dia da sociedade brasileira, grande artifício que traz a possibilidade de adquirir junto a uma instituição financeira um imóvel de forma facilitada para quem não teria a condição necessária de uma compra direta, também, contribui para o aquecimento do mercado brasileiro imobiliário. Assim, esse instituto está previsto na lei de número 9.514/1997, a facilidade encontrada tem como origem o pagamento do investimento por parte do fiduciário em favor do fiduciante, com a possibilidade da penhora e transferência da titularidade daquele mesmo bem que é dado em garantia para o negócio.

Nesse ponto encontramos grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade deste bem de família figurar como garantia, em casos de inadimplência poderia este chegar ao estágio de execução em favor da instituição financeira. Temos no artigo 22 desta lei, que o fiduciário-credor tem a posse indireta e a propriedade resolúvel, ocorrendo a transferência total ao fiduciante-devedor a partir do termo de quitação do acordo contratado.

A “polêmica” se dá por essa possibilidade de transferência de titularidade, ensejando a perda da propriedade da família em desfavor, muitas vezes, de uma grande instituição financeira. Note que esse caso ocorre devido ao não cumprimento do contrato, o que abre margem para a justificativa da autonomia da vontade. Mas essa discussão vai muito além, nesse caso do bem de família, o imóvel seria penhorado antes de tudo, o que é controverso quando falamos da proteção que esse instituto possui, assim, como previsto na lei 8.009/1990 isso não poderia ser possível. Ainda que obedecesse um cumprimento perfeito, encontraríamos outro obstáculo ao falar sobre a boa-fé ou muitas vezes sobre o desconhecimento, como poderia atestar em contrato que aquele bem estaria impedido de ser objeto de garantia por ser um bem de família?

O que podemos tirar dessa primeira síntese é que existe um dever em proteger a entidade familiar e sua base, garantindo que todos terão o direito de conservar sua moradia independentemente de inadimplências e dívidas contraídas por si próprio ou algum membro de sua família.

Nos casos em que esse imóvel seja oferecido ao contrato de alienação fiduciária como garantia, e sendo essa de forma voluntária, o que é apresentado pela jurisprudência e como as instituições financeiras se resguardam para possíveis inadimplências que levariam a maiores prejuízos, uma vez que a proteção ao bem de família existe por lei e além disso é considerada um direito fundamental, previsto no artigo 6º da nossa Constituição Federal. Assim, ainda que se ofereça o bem e seja plenamente capaz de ter vontade de celebrar o contrato de alienação fiduciária, o direito a moradia por ser fundamental não pode ser renunciado, mesmo que se faça conscientemente, pode ter havido situação em que não deixasse escolha ou de puro desconhecimento, também é como se entende o julgado seguinte pelo STJ no RESP 511.023/PA:

RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DO IMÓVEL NO QUAL RESIDEM OS EMBARGANTES - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - MEMBROS INTEGRANTES DA ENTIDADE FAMILIAR - NOMEAÇÃO À PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA - INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PREVISTO NA LEI Nº 8.009/90 - MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO DESTES - PERDA DE OBJETO - PREJUDICIALIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. 2 - Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei nº 8.009/90. Precedentes (REsp nºs 526.460/RS, 684.587/TO, 208.963/PR e 759.745/SP).

Como dito anteriormente, o fiduciário do outro lado do polo (geralmente mais forte) na figura das instituições financeiras, ficaria em um possível prejuízo com essa situação, não retirando também a chance de haver um ato de má-fé do fiduciante por conta dessa proteção que lhe caberia. Mas, é previsto no artigo 26 da lei 9.514/97 que: “Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário”, evidenciando também um amparo para o presumível prejuízo. Assim, não negando o disposto anterior e a proteção do bem de família, o julgado do STJ no

RE 48.975/MG trouxe que a penhora do bem de família somente seria possível se o contrato de alienação fiduciária não fosse revertido em proveito da família contratante do empréstimo, como se pode checar:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO EM GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA. PESSOA JURÍDICA, DEVEDORA PRINCIPAL, CUJOS ÚNICOS SÓCIOS SÃO MARIDO E MULHER. EMPRESA FAMILIAR. DISPOSIÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA QUE SE REVERTEU EM BENEFÍCIO DE TÓDA UNIDADE FAMILIAR. HIPÓTESE DE EXCEÇÃO À REGRA DA IMPENHORABILIDADE PREVISTA EM LEI. ARTIGO ANALISADO: 3º, INC. V, LEI 8.009/1990 *omissis*. 3. O STJ há muito reconhece tratar-se a Lei 8.009/1990 de norma cogente e de ordem pública, enaltecendo seu caráter protecionista e publicista, assegurando-se especial proteção ao bem de família à luz do direito fundamental à moradia, amplamente prestigiado e consagrado pelo texto constitucional (art. 6º, art. 7º, IV, 23, IX, CF/88). presumir que a oneração do bem em favor de empresa familiar beneficiou diretamente a entidade familiar, impõe-se reconhecer, em prestígio e atenção à boa-fé (vedação de venire contra factum proprium), a autonomia privada e ao regramento legal positivado no tocante à proteção ao bem de família, que eventual prova da inocorrência do benefício direto é ônus de quem prestou a garantia real hipotecária. 9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

Deste modo, existiria uma primeira saída que pudesse balancear e satisfazer por vezes as duas partes em suas garantias, tendo o fiduciário-credor sua parte devida da obrigação e ao fiduciante-devedor o seu direito a moradia preservado e protegido. Porém, não se esvai de dúvidas quanto a transferência de propriedade do bem por simplesmente não ser mencionado nos dispostos anteriores esse fato, voltando ao judiciário o papel de buscar a solução para o conflito e que fique claro que a proteção do bem de família não significaria um perdão ou esquecimento para o fiduciante-devedor em não cumprir com sua obrigação acordada em contrato, mas sim sobre o direito fundamental garantido pela Carta Magna, a dignidade da pessoa humana e o direito a moradia da entidade familiar.

3.1 Técnicas Dispostas ao Bom Senso e Justiça para a Resolução de Conflitos

Um possível caminho para a resolução de conflitos passa por analisar os dois lados envolvidos, retiramos uma lição de Humberto Ávila ao mencionar o conflito normativo como necessária a ponderação, isso também se aplica a resolução de conflitos, muito por ele trazer com clareza a total importância de elementos específicos da situação. O judiciário lida diariamente com conflitos em nosso ordenamento com o objetivo de não só solucionar, mas trazer uma nova concepção a cada decisão

proferida, quando falamos de direitos fundamentais isso ganha uma estima ainda maior. (ÁVILA, 2006).

A técnica advinda de Robert Alexy deve ser destacada a partir do ponto de vista de que não há, em caso de colisão, um princípio que possa se prevalecer de outro, o correto é observar a sua função para o caso e usar a ponderação, assim possa encontrar a melhor solução. E não será privado apenas ao uso e como recurso dos princípios, como bem completa Humberto Ávila: “[...] a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios”. Na questão envolvendo o instituto do bem de família como garantia e o contrato de alienação fiduciária, a técnica de ponderação tem grande potencial para trazer benefícios a discussão e a solução de problemas.

A ponderação é tão bem vista por trazer uma tentativa em decidir de maneira justa para as partes, de forma que se conte com uma gama de possibilidades até que se encaixe de modo satisfatório, ainda segundo Humberto Ávila: “A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes diante do caso concreto”. Ainda que conflite na dificuldade do fiduciário-credor em reaver o que é devido, ou no direito fundamental a moradia, as formas de solução devem ser consideradas e não descartadas. (ÁVILA, 2006).

Nesse meio podemos especificar um dos possíveis parâmetros que é muito discutido pela doutrina, o bem de família que possa ser considerado como de alto valor recebe uma carga de atenção por talvez não estar de acordo com as condições apontadas a partir da proteção ao direito a moradia. Sendo analisado em todos os detalhes a relevância daquele valor monetário do imóvel sem perder o foco também no valor imaterial, referente a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental a moradia. O julgador observará e deverá ponderar as condições reais daquele caso concreto, sopesando os princípios constitucionais e a real situação que mas se enquadrará para uma solução.

Essa associação do bem de alto valor e o bem de família é difundida tanto na jurisprudência quanto por diversas vezes pela doutrina, como bem explica Cristiano Chaves:

Em se tratando, pois de bem imóvel de elevado valor, é possível, em casos concretos e específicos, por ponderação de interesses, a sua penhora, de

modo à satisfação do crédito, resguardado ao devedor um valor mínimo, básico, necessário à aquisição de um imóvel de valor médio para um padrão de vida digna. (FARIAS, 2015)

Os direitos fundamentais não são abandonados nesse caso, a busca pela solução de problemas não é descabida, é considerado um valor mínimo que seja condizente inclusive com o padrão que se tenha dignidade para viver. Seria assegurado o direito a moradia ao fiduciante-devedor e da mesma forma não deixaria desamparado o fiduciário-credor, atenuando os possíveis prejuízos do negócio concordado, tudo isso tendo como iniciativa a ponderação e aplicação dos princípios em harmonia com a situação, não considerando essa observação dos princípios de forma isolada, o que se demonstraria um erro “de percurso”.

Muitas vezes as instituições financeiras figuram como um pólo mais poderoso que o mero devedor alienado, argumentam também que, nos casos de oferecimento do bem de forma voluntária, não haveria que se falar de imóvel impenhorável, o fiduciante-devedor teria de ser responsabilizado de qualquer forma por conta dos prejuízos causados. Ainda que se considere a moradia como direito fundamental e que o princípio da dignidade da pessoa humana seja o ponto de partida, a questão se mostra complicada ao observarmos os desdobramentos da análise do princípio da boa-fé, e como dito anteriormente, o caso seguinte julgado pelo STJ traz o oferecimento do bem de família de forma voluntária, não tendo o cumprimento da obrigação foi decidido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 8.009/1990. BEM DE FAMÍLIA. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. DESCUMPRIMENTO. PENHORA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclinou-se no sentido de que o bem de família é impenhorável, mesmo quando indicado à constrição pelo devedor. 2. No entanto, verificado que as partes, mediante acordo homologado judicialmente, pactuaram o oferecimento do imóvel residencial dos executados em penhora, não se pode permitir, em razão da boa-fé que deve reger as relações jurídicas, a desconstituição da penhora, sob pena de desprestígio do próprio Poder Judiciário. 3. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - REsp: 1461301 MT 2011/0200703-2, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015)

Dessa forma, se ressalta uma ausência de resolução que traga segurança tanto para as partes quanto ao Poder Judiciário, que na questão anterior menciona até mesmo que não poderia cair em descrédito a partir de uma ausência de boa-fé. Não se pode negar que o objetivo do judiciário é sempre não violar quaisquer das garantias de direito, mas nota-se a falta de recurso para elucidar de forma clara as questões acerca da impenhorabilidade de bens, como o que discutimos nesse trabalho, visto que se trata de um dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal e de lei própria (nº 8.009/90) quando tratamos do bem de família.

3.2 Bens Imóveis de Alto Valor

Ao discutir a problemática proposta neste trabalho, surgem questões rápidas que possam amenizar e muitas vezes trazer soluções em seus desdobramentos. O objetivo segue convergindo para que se atenda as partes de forma justa e balanceada e que sane o conflito a partir do ordenamento jurídico preciso. Um desses fatos está apontado para as situações de bens imóveis de alto valor, podendo estes serem relativizados ou qualificados de maneira que o valor do bem se encaixasse ou não na definição exata de bem de família.

A premissa sobre o valor do imóvel figurar ou não como bem de família foi proposta no ano de 2006 pelo Projeto Lei de número 51, quando pedia a alteração de dispositivos do artigo 650 da Lei 5.869/73 que abordavam a possível penhorabilidade de bens com valores acima de mil salários mínimos, abrindo clara exceção ao que versa a Lei 8.009/90. Estaria condicionado assim um determinado valor para que se valesse de uma ressalva em aplicação da penhorabilidade, o que só aumentariam as outras possíveis condições em um ciclo vicioso e acabaria por fim não tendo o resultado esperado. Poderia ser abrangente aos mil salários mínimos e porque não aos novecentos? Porque esse valor seria o teto da relação entre o patrimônio e o mínimo existencial? A questão é que um valor arbitrariamente definido não solucionaria o grande problema.

O referido Projeto foi vetado quando entrou em conflito com a lei 8.009/90, fundamentada pela impossibilidade de quebra de uma garantia já prevista, não podendo criar a exceção como falamos anteriormente, o bem de família não deveria se descaracterizar por um determinado valor, seria controverso para a própria lei se

ocorresse.

Por outro lado, ainda é uma ideia defendida por parte da doutrina. Visto como uma nova tendência que poderia se adequar ao tempo e a sociedade, colocaria em prática uma nova concepção de valor dos bens em contrato, quando teria destaque o oferecimento e valoração da garantia na alienação fiduciária. Tendo como foco o alto valor do bem, Cristiano Chaves opina em favor dessa possibilidade:

“Em se tratando, pois, de bem imóvel de elevado valor, é possível, em casos concretos e específicos, por ponderação de interesses, a sua penhora, de modo à satisfação do crédito, resguardando ao devedor um valor mínimo, básico, necessário a aquisição de um imóvel de valor médio para um padrão de vida digna” (FARIAS, 2015).

Assim, como dito pelo autor, essa possibilidade traria novos entendimentos e revisões contratuais para adequação desse limite imposto. A priori, poderia funcionar em alguns casos que a transferência de titularidade não chegasse a ser executada pela existência de outras formas de reaver o cumprimento da obrigação, mas casos muito pontuais não justificariam a mudança de juízo quanto ao que poderia ou não ser considerado um bem de família, assim, a ponderação se mostra como um caminho ainda mais seguro comparado a ideias que aplicariam certos limites. Dessa forma, observamos que a jurisprudência é majoritariamente a favor da impenhorabilidade do bem segundo a lei 8.009/90, dando proteção a parte mais hipossuficiente da ação.

3.3 Proteção da Entidade Familiar e o Mínimo Fundamental

Por fim, destacamos a importância de assegurar o mínimo fundamental para a entidade familiar, a vida digna é o principal ponto quando falamos de todos os problemas apresentados. A solução dos conflitos deve partir sob a ótica do lado mais delicado do problema, assegurar essa proteção e respeito pela integridade moral do indivíduo, pois ao oferecer de forma “voluntária” seu único bem como garantia em um contrato de alienação fiduciária, não se pode ignorar que a situação econômica seja favorável, afinal, é a aquisição de um grandioso empréstimo, e mesmo que se fale em forma voluntária, esse caso não se configuraria como vontade propriamente dita.

Deve ser estabelecido o mínimo vital para que esse fiduciante-devedor se restabeleça e de forma digna alcance meios para cumprir sua obrigação. O duro golpe

de uma execução não traria chances de qualquer recuperação em casos nesse sentido, e assim deve seguir o entendimento da jurisprudência, garantindo o mínimo para manter a dignidade da pessoa humana e o cumprimento do direito fundamental a moradia. Vale lembrar também que o conceito de família que temos hoje não é o mesmo de anos atrás, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, até mesmo a pessoa solteira é entendida como família e não mais modelos antigos. Ainda que de fato, a atenção seja direcionada a entidade familiar, essa pessoa também estaria coberta pela lei que protege o bem de família não apenas por figurar como família, mas por sua condição própria de pessoa humana, á sua dignidade e honra, como evidencia o seguinte julgado do TJ-SP:

EMBARGOS. À EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE - BEM DE FAMÍLIA - PESSOA SOLTEIRA. 1-/1 lei 8.009/90 não se dirige a número predeterminado de pessoas, mas sim à pessoa humana em si, seja ela solteira, casada, viúva, convivente ou divorciada. Pretendeu o legislador garantir o direito constitucional à moradia, seja daquele que vive em grupo, como daquele que reside só, devendo, portanto, ser observado o sentido social da norma, A norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana, pouco importando seu estado civil. Precedentes do STJ nesse sentido. 2 - Faturas de cartão de crédito, energia elétrica, mala direta de editoras e informação prestada pela Receita Federal que apontam que o devedor reside no local informado bastando, portanto, para corroborar sua tese. 3 - Verbas de sucumbência que devem observar o princípio da causalidade. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS -RECURSO IMPROVIDO.

(TJ-SP - APL: 9096424102007826 SP 9096424-10.2007.8.26.0000, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 04/08/2011, 24ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2011)

Temos esse outro posicionamento que traz a necessidade de uma observação mais aprofundada no instituto a partir da ponderação do caso concreto, da análise do princípio da boa-fé e do mínimo vital. Ao chegar na consolidação da penhora, deve ser respeitado todo o processo legal e garantir a chance das partes se defenderem de forma justa, para o bom andamento do processo levá-los a uma solução satisfatória.

5. CONCLUSÃO

O tema apresentado teve como intuito a análise do bem de família e o contrato de alienação fiduciária na sociedade atual. O problema se deu quanto ao oferecimento de forma voluntária desse bem de família em garantia. Foram evidenciados diferentes

entendimentos que o judiciário tem interpretado como também a opinião ativa da doutrina majoritária quando falamos da possibilidade de transferência de titularidade do bem imóvel, quando avançados os estágios de inadimplência e penhorabilidade, pode atingir a execução.

Por meio da lei 8.009/90, temos em nosso país o instituto do bem de família, servindo como proteção a entidade familiar de execuções que possam atingir seu imóvel destinado a moradia. A sua base é resguardada também pela Constituição Federal como um direito fundamental a propriedade.

Quanto a alienação fiduciária, ganhou amplo destaque em nosso ordenamento jurídico e aos negócios imobiliários, tendo grande influência nos contratos celebrados por todo o país e foi se aprimorando com o passar do tempo. Nos dias de hoje é bastante habitual em nossa sociedade. Traz uma segurança as partes por ter o bem alienado, ou seja, como próprio garantidor do negócio jurídico.

No plano perfeito do proposto, tudo funcionaria de forma harmonica e direta, mas os percalços da vida existem e com isso a inadimplência se torna uma coisa real. A alienação fiduciária traz a segurança para o credor-fiduciário em ter como garantia daquele acordo o próprio bem. Mas as negociações avançam com o passar do tempo e peculiaridades vão surgindo, assim as instituições financeiras ganharam um respaldo maior quanto a credibilidade e foram se adequando ao que o mercado pedia.

Em nosso país a função social permanece ativa e de grande valia a proteção do bem de família, nosso ordenamento jurídico conserva a entidade familiar seja a frente dos contratos ou em outros negócios jurídicos, com base nos princípios que conduzem essas relações já comentadas.

Ficou demonstrado a importância em seguir os princípios que norteiam esse negócio, assim como o avanço da sociedade e decisões do judiciário, quando adotado as técnicas de ponderamento para a resolução de conflitos entre a penhorabilidade ou não do bem de família e quanto ao contrato de alienação fiduciária sendo esse bem ofertado como garantia ao acordo. Na ausência de um dispositivo mais claro, uma solução é dar ênfase a ponderação e propor ações de execuções de títulos posteriores, ao desenrolar das situações para um restabelecimento do devedor-fiduciante.

Entende-se que com a ponderação, o mínimo vital será respeitado e a continuidade da proteção ao bem de família estará garantido, trilhando um caminho em que o caso concreto receberá a devida importância e estará condizente a proporcionalidade das decisões proferidas, visto que em sua maioria, se trata de uma parte frágil e desamparada prestes a perder sua base familiar em vista de uma poderosa instituição financeira.

Diante da problemática apresentada, a possibilidade de transferência de titularidade do bem de família oferecido de forma voluntária em garantia, se vê ao passo de não relativizar o que é considerado como bem de família pelo judiciário e atestar o maior grau de proteção previsto na Constituição Federal e pela lei 8.009/90, assegurando o direito a moradia e a dignidade da pessoa humana.

A partir desse estudo, viu-se a técnica da ponderação como mais bem sucedido meio para evitar e sanar os conflitos gerados quanto a relação do bem de família como garantia nos contratos de alienação fiduciária, tanto para o devedor-fiduciante quanto para o credor-fiduciário, ao comparar decisões proferidas pelo judiciário e entendimento da doutrina, seguir os princípios norteadores se torna essencial para o sucesso das relações. Ainda que se tenham avanços em um assunto tão delicado para a vida quanto é o bem de família e sua proteção, é digno de contínua evolução nos estudos para uma base mais avançada com soluções mais eficientes que acompanhem nossa contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito Civil Direito das Famílias**. 4 ed. Salvador: Editora JusPoduim, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil – Volume único** / Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald. – 3 ed. rev, atual – Salvador: Ed JusPodvim, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil Reais** – 11. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. Salvador: JusPodvim, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. III.

CHALLUB, Melhim Namem - **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. Rio de Janeiro; 24.4.2017. Disponível em: <<http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/04/Aliena%C3%A7%C3%A3o-Fiduci%C3%A1ria-AASP-2017.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2020.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 11 de abril de 2020.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **A regulamentação da alienação fiduciária de imóveis em garantia**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 28-36, 1999. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79068243.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Reais**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família internacional**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2257>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

PLANALTO, Gov. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 de abril de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 9.514, DE 20 DE NOVEMBRO DE 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências, Brasília, 20 de novembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 11 de abril de 2020.

BRASIL. **LEI N. 10.406, 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 de abril de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, Brasília, DF, Senado Federal, 29 de março de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 11 de abril de 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. - 6ª Edição – São Paulo: Malheiros Editores 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito civil, 3: contratos** /Fábio Ulhoa Coelho – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva 2012.



Relatório gerado por: davidb.araujo@ucsal.edu.br

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
TCC David Araújo - dez 2020.docx X https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/juliana_guilhermano.pdf	191	1,14
TCC David Araújo - dez 2020.docx X http://www.seer.ufu.br/index.php/letraseletras/article/download/37870/22431	90	0,47
TCC David Araújo - dez 2020.docx X https://blog.sajadv.com.br/ordenamento-juridico	42	0,37
TCC David Araújo - dez 2020.docx X http://abpmmc.org.br/arquivos/publicacoes/140511722114ccd2368e0e.pdf	507	0,29
TCC David Araújo - dez 2020.docx X https://drauziovarella.uol.com.br/entrevistas-2/impotencia-sexual-entrevista	37	0,28
TCC David Araújo - dez 2020.docx X https://www.blogdafpt.com.br/category/produtos/motores	36	0,27
TCC David Araújo - dez 2020.docx X https://www.ulhoacoelho.com.br/site	12	0,12
TCC David Araújo - dez 2020.docx X https://mochahost.com/pt/webhosting.php	10	0,07
TCC David Araújo - dez 2020.docx X https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/12741/1/NATANIEL_DAL_MORO.pdf		- Conversão falhou
TCC David Araújo - dez 2020.docx X https://www.gov.br/planalto/pt-br	0	0