

BENS DE FAMÍLIA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL: (IM)POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE PARA A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA

Paolo Alexandre Lincoln Silva Oliveira

Mestrado em Direito Especialização Ciências Jurístico-Políticas

Orientação: Prof^a. Dra. Mónica Martinez de Campos

Coorientação: Prof^a. Dra. Ana Amorim

16 de dezembro de 2021



UNIVERSIDADE PORTUGALENSE

Do conhecimento à prática.

IMP.GE.84.1

Bens de Família no Contrato de Alienação Fiduciária de Imóvel: (IM)Possibilidade de transferência de titularidade para a Instituição Financeira em caso de inadimplência

RESUMO

O trabalho proposto objetiva discorrer sobre a (im)possibilidade, no contrato de alienação fiduciária, da transferência de titularidade do bem de família para a instituição financeira em caso de inadimplência, trazendo, para tanto, o entendimento jurisprudencial sobre o tema, especialmente sob o prisma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Notadamente no Brasil, em 1990, a Lei nº 8.009, de 29 de março, veio estabelecer a impenhorabilidade do bem de família, sendo ratificada pelo art. 1.711 do Código Civil de 2002, que estatui ser impenhorável bem imóvel residencial. Neste momento, será feito um confronto com o direito português, que confere à casa de morada de família uma proteção relativa, uma vez que ela não se encontra elencada no rol de bens impenhoráveis constantes do art. 736º do Código de Processo Civil. Não obstante, recentemente, com a publicação da Lei nº 13/2016, de 23 de maio, o legislador lusitano buscou conferir ao bem de família uma maior proteção, com vistas a garantir a estabilidade familiar, vedando a alienação da casa de morada de família no âmbito das execuções fiscais. Voltando ao ordenamento jurídico brasileiro, a alienação fiduciária de bens imóveis surgiu para resolver os entraves dos direitos reais em garantia, uma vez que o devedor/fiduciante, com o objetivo de garantia, contrata a transferência ao credor/fiduciário, no presente caso, a instituição financeira, da propriedade resolúvel de bem imóvel. Já nos termos do art. 26 da Lei nº 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel se a dívida estiver vencida e não for paga, constituindo, assim, o devedor em mora, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do credor. Diante dessas disposições, indaga-se se o contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel não se contrapõe aos preceitos da Constituição Federal de 1988, que estabelece, como princípios basilares, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e o da proteção da família (art. 226), bem como o da impenhorabilidade do bem de família, esposado no art. 1º da Lei nº 8.009/90.

Palavras-chave: Bem de família; Alienação Fiduciária; Leis nº 8.009/1990 e 9.514/1997; Princípios Constitucionais; Ordenamento jurídico português.

Family Assets in the Property Fiduciary Sale Agreement: (IM) Possibility of transfer of ownership to the Financial Institution in case of default

ABSTRACT

The proposed work aims to discuss the (im) possibility, in the fiduciary alienation contract, of the transfer of ownership of the family property to the financial institution in the event of default, bringing, therefore, the jurisprudential understanding on the subject, specially under the prism Superior Court of Justice (STJ). Notably in Brazil, in 1990, Law No. 8,009, of March 29, came to establish the immobilization of the family property, being ratified by art. 1,711 of the Civil Code of 2002, which states that residential property is unaffordable. At this time, a confrontation will be made with Portuguese law, which grants the family home a relative protection, since it is not listed in the list of unseizable goods contained in art. 736 of the Code of Civil Procedure. However, recently, with the publication of Law No. 13/2016, of May 23, the Portuguese legislator sought to give the family welfare greater protection, with a view to guaranteeing family stability, prohibiting the sale of the family home in the context of tax foreclosures. Returning to the Brazilian legal system, the fiduciary sale of real estate arose to resolve the obstacles of real rights in guarantee, since the debtor/trustee, with the purpose of guarantee, contracts the transfer to the creditor/trustee, in this case, the financial institution, of the resolvable ownership of real estate. Under the terms of art. 26 of Law No. 9,514/97, which provides for the Real Estate Financing System, institutes the fiduciary alienation of immovable property if the debt is due and not paid, thus constituting the debtor in default, the property will be consolidated of the property in the name of the lender. In view of these provisions, it is questioned whether the fiduciary sale agreement in guarantee of immovable property does not contravene the precepts of the Federal Constitution of 1988, which establishes, as basic principles, the dignity of the human person (art. 1, item III) and the protection of the family (art. 226), as well as the unseizability of the family property, espoused in art. 1 of Law No. 8.009/90.

Key-words: Family good; Fiduciary alienation; Laws No. 8,009 / 1990 and 9,514 / 1997; Constitutional principles; Portuguese legal system.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	6
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO BEM DE FAMÍLIA.....	9
1.1 No contexto mundial.....	9
1.2 No Brasil.....	14
2 BEM DE FAMÍLIA/CASA DE MORADA DE FAMÍLIA	18
2.1 Definição de bem de família no Brasil	18
2.2 Definição de casa de morada de família em Portugal.....	19
2.2.1 Direito à habitação como direito fundamental português e sua relação com o princípio da dignidade	20
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	23
3.1 A fidúcia do Direito Romano	23
3.1.1 <i>Fiducia cum amico</i>	25
3.1.2 <i>Fiducia cum creditore</i>	25
3.2 Os negócios fiduciários no direito germânico X no direito romano	26
3.3 O <i>Trust</i> no direito anglo-saxão	28
3.4 Os negócios fiduciários no direito moderno	29
3.5 Negócios fiduciários com finalidade de garantia	31
4 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA	32
4.1 A propriedade no direito romano à doutrina de Duguit.....	32
4.2 Patrimônio de afetação.....	35
4.3 Evolução legislativa da propriedade fiduciária	36
4.4 Conceito e elementos caracterizadores.....	37
4.5 Direitos, deveres e obrigações do fiduciante e do fiduciário	40
4.6 Propriedade fiduciária no direito comparado	41
5 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL.....	42
5.1 Conceito e natureza jurídica	43
5.2 Requisitos e constituição.....	45
5.2.1 Requisitos subjetivos.....	47
5.2.2 Requisitos objetivos	48
5.3 Efeitos do registro	49
5.4 Propriedade resolúvel.....	50
5.5 Natureza do direito do devedor fiduciante	51
5.6 A insuficiência do regime da Lei nº 9.514/97 para a aplicação geral da alienação fiduciária em bem imóvel.....	52

5.6.1 Alienação fiduciária do imóvel bem de família – implicações da Lei nº 8.009/90	53
5.6.2 Controvérsias jurisprudenciais sobre o tema	58
5.6.3 Posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça	62
6 DIREITO COMPARADO	65
6.1 As hipóteses de impenhorabilidade de bens no Direito Português	65
6.2 Bens suscetíveis de penhora.....	67
6.3 A penhora da casa de morada de família	69
6.4 O caso especial da Execução Fiscal: a alteração introduzida pela Lei 13/2016, de 23 de maio	72
7 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.- artigo

CF/88 – Constituição Federal do Brasil de 1988

CC/2002 - Código Civil de 2002

Cciv – Código Civil português

CRP – Constituição da República Portuguesa

CPC – Código de Processo Civil

CPPT - Código do Procedimento e Processo Tributário

DL - Decreto-Lei

LGT - Lei Geral Tributária

Nº - Número

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ - Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

Desde as eras mais antigas, especialmente, na Roma antiga, já existiam vestígios relevantes sobre a origem do bem familiar. Numa época mais recente, o bem de família surgiu na cidade do Texas, em 1839, com o *Homestead Certificate* (Certificado de Documento de Propriedade), cujo documento era cedido, pelo governo norte-americano, à pequena propriedade, com fins de isenção de penhora, relata Martins¹.

Já no Brasil, o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, estabelecia a dispensa da penhora sobre alguns bens do devedor executado, sem, no entanto, fazer referência expressa à moradia. Por outro lado, o Código Civil de 1916, em seus arts. 70 a 73, passou a dispor, em seu texto, sobre a referida matéria. (MARTINS)².

Dito isso, em 1990, a Lei nº 8.009, de 29 de março, veio estabelecer sobre a impenhorabilidade do bem de família, sendo ratificada pelo art. 1.711 do Código Civil brasileiro, que estatui ser impenhorável bem imóvel residencial, conforme as regras da lei especial mencionada.

Por outro lado, ao ser realizado um paralelo com a legislação portuguesa, analisando-se a proteção processual conferida à casa de morada de família, verificar-se-á que, não obstante o direito à habitação elevar-se como um direito fundamental insculpido na Constituição da República, o bem de família não se encontra preservado contra atos de penhora, porquanto tem sido o entendimento da jurisprudência lusitana que o direito à habitação “não aponta, ainda que de modo primordial ou a título principal, para o direito a ter uma habitação num imóvel da propriedade do cidadão”, de acordo com leitura do Acórdão nº 649/99 do Tribunal Constitucional³.

É bem verdade que o legislador português não consagrou, no rol dos bens impenhoráveis, a casa de morada de família do executado como um bem efetivamente insuscetível de penhora, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

Volvendo ao direito brasileiro, o legislador criou o denominado “patrimônio de afetação”, que abrange os direitos e bens transmitidos a um indivíduo par fins de garantimento ou administração, os quais devem regressar à titularidade do alienante ou de terceiro beneficiário após se atingir o objetivo contratado. Busca-se, assim, conferir segurança jurídica aos contratantes, impedindo constrições por dívidas.

¹ Priscila Martins, *Bem de Família* (15 de Setembro de 2011). Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6456/Bem-de-familia>.

² Priscila Martins, *Bem de Família* (15 de Setembro de 2011). Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6456/Bem-de-familia>.

³ *Acórdão nº 649/00* (24 de Fevereiro de 2000). Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/1753896/details/maximized?print_preview=print-preview.

A inserção, no ordenamento jurídico pátrio, da noção de patrimônio de afetação coaduna com a introdução da propriedade fiduciária pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe, dentre outros, sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel, entendida, segundo Saad⁴, como um “contrato que visa à constituição de um direito real acessório de garantia”.

Assim, a alienação fiduciária de bens imóveis surgiu para resolver os entraves dos direitos reais em garantia, ou seja, ela é um instrumento que possibilita a “recomposição do capital investido em financiamentos imobiliários, nas hipóteses de mora do devedor, em prazos e custos compatíveis com as necessidades da economia moderna”, elucida Chalhub⁵.

Nesse sentido, o devedor/fiduciante, com o objetivo de garantia, contrata a transferência ao credor/fiduciário, no presente caso, a instituição financeira, da propriedade resolúvel de bem imóvel. Porém, nos termos do art. 26 da Lei nº 9.514/97, se a dívida estiver vencida e não for paga, constituindo, assim, o devedor em mora, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do credor.

Isso posto, indaga-se se o contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel não se contrapõe aos preceitos da Constituição Federal de 1988, que estabelece, como princípios basilares, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e o da proteção da família (art. 226), bem como o da impenhorabilidade do bem de família, esposado no art. 1º da Lei nº 8.009/90.

Para tanto, no primeiro capítulo, discorrer-se-á sobre a evolução do bem de família no contexto mundial e, notadamente, no Brasil. Em seguida, será apresentada a definição do termo bem de família/casa de morada de família tanto no direito brasileiro, quanto no português. Concomitantemente, analisar-se-á sobre o direito fundamental à habitação previsto no ordenamento jurídico português, bem como a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No item seguinte, será apresentado o contexto histórico do instituto da alienação fiduciária, a iniciar pela fidúcia no Direito Romano – *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* -, além dos negócios fiduciários no direito moderno e aqueles com finalidade de garantia.

Após, será feita uma análise da propriedade fiduciária, mediante sua evolução histórica no direito brasileiro, bem como apresentando o seu conceito e elementos caracterizadores.

Adentrando ao tema do presente trabalho, serão abordadas as minúcias da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, por meio da sua definição e natureza

⁴ Renan Miguel Saad, *A alienação fiduciária sobre bens imóveis* (Rio de Janeiro: Renovar, 2001), 40.

⁵ Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 197.

jurídica, seus requisitos e constituição, os efeitos do seu registro, além de apontar a “fragilidade” do regime da Lei nº 9.514/97 na aplicação geral da alienação fiduciária em bem imóvel e as implicações da Lei nº 8.009/90 aos casos de alienação fiduciária de bem de família.

Ainda, será feito um estudo comparado entre as legislações brasileira e portuguesa, em que serão demonstrados os posicionamentos jurisprudenciais brasileiros sobre o tema, apresentando a (im)possibilidade de transferência de titularidade de bem de família para a instituição financeira, em caso de mora do devedor/fiduciante, especialmente, quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, demonstrar-se-á que, em Portugal, apesar da alteração introduzida pela Lei nº 13/2016, de 23 de maio, há a possibilidade de penhora da casa de habitação, principalmente quando houver concurso de credores na execução fiscal.

Por fim, esta pesquisa se utiliza do método indutivo, a partir do estudo bibliográfico, doutrinário e da legislação.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO BEM DE FAMÍLIA

1.1 No contexto mundial

A princípio, convém analisar a etimologia da expressão “bem de família”. Para Bueno⁶, a palavra “bem” remonta a tudo aquilo que é bom, útil à existência e preservação ou o ápice de alguma coisa, “sendo substantivo que descende de *bene* (*bem*), advérbio latino provindo do adjetivo *bonus, a, um* (bom)”. (itálico do autor).

Por sua vez, o termo “família” possui origem remota na palavra “dhaman” que, em sânscrito, significa “casa”, advindo daí a palavra “famelia”, que seria o “conjunto de filhos, servos e demais elementos que viviam sob a chefia e proteção de um mesmo *pater*”, elucida Azevedo⁷. Assim, família diz respeito a coletividade.

Pois bem.

Adentrando ao tema, e, numa análise contextual global, será apresentada, em linhas esparsas, a evolução histórica do bem de família em países focais. A começar, remontando-se a uma época mais antiga, notadamente, na Roma antiga, já se notavam vestígios sobre a origem do bem de família, como pontua o autor supracitado⁸:

“Desde a época da Roma Antiga, tem-se resquícios importantes da origem do bem de família. [...]. Durante a República romana, houve a proibição de alienar o patrimônio familiar, pois ele tinha caráter de inalienabilidade e de imprescindibilidade, em razão dos rígidos princípios de perpetuação dos bens dos antepassados que se caracterizavam sagrados. A venda do bem herdado era considerada uma desonra, já que, assim como a crença e o culto era passado de geração para geração para os herdeiros, o direito e o dever de manter o lar, também o eram. Posteriormente, no período do Império romano, com as alterações na sociedade e na família latina, a necessidade de defesa do patrimônio familiar firmou-se por cláusulas de inalienabilidade criadas nos testamentos. Havia entre os romanos a figura do *pater* famílias, que era o chefe de família, a quem pertencia todos os bens. Todos lhe deviam respeito e a subordinação total: parentes (mulher, filhos e outros) e escravos e clientes. O “*pater*” era o responsável pela unicidade do lar e pela transmissão da herança. Ao passar os bens, o fazia para apenas um herdeiro (que era geralmente o filho homem mais velho) para que este continuasse o culto e a propriedade, sem divisões. Outra faceta protetora da instituição familiar utilizada foi o fideicomisso, uma espécie de disposição testamentária em que o testador estipula ao herdeiro a obrigação de transmitir a outro, sob condições, a herança ou legado, ou seja, caso o herdeiro não cumprisse suas obrigações e condições, os membros da família pediriam um fideicomisso, tendo um fideicomissário no lugar daquele, como um substituto”.

⁶ Francisco da Silveira Bueno, *Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa* (São Paulo: Saraiva, 1964), 501.

⁷ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 5.

⁸ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 7-10.

Já num período mais recente, a história aponta que o bem de família surgiu na cidade do Texas, em 1839, com o *Homestead Certificate* (Certificado de Documento de Propriedade). Segundo Waples⁹, o *homestead* pode ser definido como “a residência de família, possuída, ocupada, consagrada, limitada, impenhorável e, por diversas formas, inalienável, conforme o estatuído na lei”.

Portanto, esse documento, cedido pelo governo norte-americano, por meio do programa *Homestead Act* (Ato de Documento de Propriedade), destinava-se às pequenas propriedades, com fins de isenção de penhora (DIREITO NET)¹⁰.

Nesse sentido, relata Gunha¹¹:

“Já numa época mais recente, a história conta que o Bem de Família surgiu no Texas, quando este libertou-se do México, antes de ser incorporado aos Estados Unidos. Havia uma ideia de se povoar aquele território, visto que lá existia uma vasta área, muito produtiva e plausível para habitação e desenvolvimento de plantações. Uma grande política de atrair as pessoas, bem como várias formas de empréstimos foi disponibilizada, para que lá se fixassem e começassem a produzir. Diante daquele cenário, vários bancos foram atraídos e começaram então a conceder empréstimos aos recém-chegados”.

A lei do *homestead* objetivou a impenhorabilidade dos bens domésticos móveis, num primeiro momento, mas também a dos imóveis, mostrando ser precursora na defesa desse instituto, bem como na sua abrangência.

Após a incorporação do Texas aos Estados Unidos, a Constituição Texana introduziu, no seu texto, a obrigatoriedade de o legislador proteger, por meio de uma lei, uma porção de terra que pertencesse a um chefe de família contra qualquer execução, devendo o bem imóvel, nesse caso, possuir no máximo dois mil acres, se localizado em zona rural, e, se situado em zona urbana, não custar mais que dois mil dólares¹².

Diversos Estados norte-americanos adotaram o *homestead* em suas legislações, apresentando todos eles três características essenciais desse instituto jurídico, a saber: (i) “necessidade de existência de um direito sobre determinado imóvel que se pretende ocupar a título de *homestead*; (ii) necessidade de que o titular desse direito seja chefe de família (*head of family*); (iii) necessidade de que seja esse imóvel ocupado pela família (*occupancy*)”, explica Bureau¹³.

⁹ Rufus Waples, *Études sur le Droit Civil des États-Unis de l'Amérique du Nord* (Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey, 1906), 74.

¹⁰ *Direito Net, Bem de Família* (15 de Setembro de 2011). Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6456/Bem-de-familia>.

¹¹ Luiz Fabiano Campos Gunha, *A impenhorabilidade relativa do bem de família em detrimento ao direito à moradia*. Disponível em https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-impenhorabilidade-relativa-bem-familia-detrimento-ao-direito-moradia.htm#indice_4.

¹² Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 15.

¹³ Paul Bureau, *Le Homestead ou L'insaisissabilité de la petit propriété foncière* (Paris, 1985), 72-112.

No tocante às diferenças quanto ao instituto aplicado pelos entes federados americanos, elas dizem respeito aos indivíduos que podem constituir o *homestead*, quanto à forma dessa constituição, quanto à delimitação da área ou valor, dentre outros.

Já no Canadá, a Confederação Canadense, no ano de 1878, trouxe a lume a lei federal do *homestead*, sendo tal norma totalmente reestruturada em 1886. Não obstante, conforme menciona Guastavino¹⁴, a lei desse país, *a priori*, possuía objetivos políticos, visando, essencialmente, a colonização, não tendo, pois, o intuito de proteger o bem familiar.

Diferentemente do *homestead* norte-americano, a lei do *homestead* canadense não exigia que o titular do imóvel fosse chefe de família, bastando que possuísse um direito de propriedade ou de usufruto sobre esse bem e fazer uma declaração pública, registrando-a no cartório competente¹⁵.

Ademais, a lei desonerava de penhora e de venda forçada o imóvel por dívidas contraídas após o registro, não podendo o *homestead*, à época, ser superior a dois mil dólares. Por fim, o proprietário que fosse casado somente conseguiria vender o imóvel se a sua esposa consentisse, ou, no caso de ser viúvo, com a autorização do filho menor, se não obtivesse autorização judicial para a alienação¹⁶.

Na Europa, após ostensiva propaganda da criação do *homestead* norte-americano, diversas nações passaram a adotar o instituto. Na Alemanha, o *homestead* protegia a média propriedade, diversamente do *homestead* estadunidense. É o que dispõe Mendonça¹⁷: “Já era conhecido na Idade Média o *Hofrecht*, que tinha como objetivo imediato proteger a família, que se via privada de proteção com o falecimento de seu chefe”.

No ano de 1882, foram apresentados dois projetos que tratavam sobre o bem de família, um elaborado por K. Schneider, juiz da província de Cassel, e outro pelo conde Dönhoff-Friedrichstein. A proposta de Schneider não possibilitava o gravame do bem de família, exceto quando o credor fosse um estabelecimento público, como instituições financeiras, e desde que os juros não ultrapassassem o rendimento mensal da gleba. O projeto do conde Dönhoff-Friedrichstein restou ignorado¹⁸.

Avançando no tempo, a Constituição Alemã de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar, assentou, no art. 10, §4º, segundo Villaça¹⁹:

¹⁴ Elias P. Guastavino, *Derecho de Familia Patrominial – Bien de Familia* (Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1962), 114-115.

¹⁵ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 24.

¹⁶ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 24.

¹⁷ Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, *Homestead* (Rio de Janeiro, 1915), 227.

¹⁸ Paul Bureau, *Le Homestead ou L'insaisissabilité de la petit propriété foncière* (Paris, 1985), 286-289.

¹⁹ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 32.

“A competência do *Reich* para legislar sobre direito imobiliário, repartição de terras, regime da colonização interior e sobre limitações da propriedade imobiliária, regime de habitações e de repartição da população, garantindo o direito hereditário, por seu art. 154, nos termos do Direito Civil, mas prescrevendo pelo art. 155, segunda parte, *in fine*, sobre o fideicomisso. Aliás, esse art. 155 estabelece verdadeira proteção ao organismo familiar, quando afirma que ‘a repartição e a utilização do solo são controladas pelo Estado de uma maneira que se impeçam abusos e com o fim de assegurar a todo alemão uma habitação sã e a todas as famílias numerosas um bem de família’. [...]”.

Igualmente, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha Ocidental²⁰, promulgada em 1949, protegeu o bem de família, estabelecendo seu art. 30, §2º que o casamento e a família são o cerne da vida comunitária, merecendo proteção do Estado.

Por sua vez, Coelho²¹ leciona que: “o *Anerbenrecht* faz conservar a propriedade rural na mesma família, sem isenção de hipoteca ou penhora. É um passo para o *homestead* americano. [...]”. Já Guastavino²² informa que o princípio do *Anerbenrecht* foi derogado pela Lei nº 45, a qual dispunha sobre regras relativas às terras agrícolas e florestais e medidas austeras contra a má exploração desses fundos.

Já na França, a adoção do *homestead* se desenvolveu em 1886, época em que foram apresentados dois projetos ao Parlamento francês, um elaborado por Leveillé e outro pelo abade Lemire. Todavia, somente no ano de 1909 efetivamente instituiu-se a lei do bem de família²³.

Resumidamente, a lei de 12 de julho de 1909, em seus nove primeiros artigos, tratou sobre a constituição do bem familiar, dispondo que o bem de família é instituído em proveito de toda a família, em caráter impenhorável, compreendendo o bem a totalidade ou porção de uma casa, ou, ainda, apenas pelas terras cultivadas pela família, fixando o valor desse imóvel no montante de até 5 (cinco) milhões de francos, à época da sua constituição²⁴.

Outrossim, o Código Civil²⁵ francês estabelece, em seu art. 215, que, “os esposos não podem, um sem o consentimento do outro, dispor dos direitos pelos quais é assegurada a habitação da família, nem das mobílias que a guarnecem”. Por sua vez, o art. 17 assevera que a impenhorabilidade não finda quando o casamento se dissolve

²⁰ *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha Ocidental* (23 de Maio de 1949). Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

²¹ Ferreira Coelho, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1924), 490.

²² Elias P. Guastavino, *Derecho de Familia Patrominial – Bien de Familia* (Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1962), 123.

²³ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 38-39.

²⁴ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 40.

²⁵ *Código Civil* (13 de Julho de 1965). Disponível em https://www.academia.edu/35741110/C%C3%B3digo_civil_franc%C3%A9s_Edici%C3%B3n_biling%C3%BCe.

pela morte de um dos cônjuges, ainda que não haja filhos, persistindo em proveito do cônjuge supérstite, se ele for o proprietário do bem imóvel.

Na Espanha, anteriormente ao Código Civil de 1889, existia legislação esparsa sobre a inalienabilidade dos bens imóveis familiares, com o objetivo de preservar o patrimônio da família. Conforme leciona Guastavino²⁶:

“No quadro dos costumes forais espanhóis, relacionados com o patrimônio familiar, destaca-se, por sua conexão com as modernas configurações do bem de família, aquela conhecida com o nome de *La Casa*, muito difundida em Aragón. [...] define-a como a unidade familiar e patrimonial formada pelo conjunto de indivíduos que vivem sob a chefia de um senhor, geralmente o pai, em um espaço delimitado por uma unidade econômica de exploração e cultivo, que foram recebidos por tradição de gerações anteriores com as quais o chefe estava, geralmente, unido por vínculos diretos de sangue”. (Itálico do autor).

Continuamente, a Lei de 12.7.1911 isentou certas casas, conhecidas como “casas baratas”, de contribuições e impostos hereditários, assegurando o direito de habitação ao cônjuge sobrevivente, em hipótese de transmissão hereditária. Já a Lei de 10.12.1921 garantiu a tais residências a impenhorabilidade e inalienabilidade, uma vez que só se transmitiam hereditariamente ou por meio de doação²⁷.

Diversos outros institutos espanhóis regulamentaram a proteção do bem de família, mas nenhum deles com similitude ao *homestead* americano.

Por fim, em Portugal, o bem familiar foi instituído sob a denominação “casal de família” pelo Decreto 7.033, de 16 de outubro de 1920, tendo como uma de suas fontes a lei francesa de 12.7.1909, relata Gonçalves²⁸.

O art. 1º do referido decreto prevê a criação do casal de família indivisível e inalienável, de modo coercitivo ou voluntário, podendo ter por objeto uma casa ou terras de agricultura, onde qualquer membro da família possa exercer atividade que traga benefício a esta. Note-se que o casal de família pode ser constituído por qualquer cidadão português, casado, ou, não o sendo, que tenha um ou mais descendentes, irmãos ou descendentes destes²⁹.

Como elucidada Villaça³⁰, somente os “bens imóveis podem ser objeto do casal, desde que não onerados, a não ser por servidão, enfiteuse ou dote, [...], devendo, ainda, se incultos, ser cultivados, [...], sob pena de reduzir-se o casal à parte cultivada”.

²⁶ Elias P. Guastavino, *Derecho de Familia Patrominial – Bien de Familia* (Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1962), 162-163.

²⁷ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 49.

²⁸ Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil, em Comentário ao Código Civil Português* (São Paulo: Max Limonad), 327.

²⁹ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 51.

³⁰ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 51.

Ato contínuo, o Decreto 7.033/1920 prevê as hipóteses em que ocorrerá a extinção do casal de família, a saber: (i) quando o instituidor ou um de seus sucessores não dispuser do bem instituído, via testamento; (ii) quando o bem não for habitado ou cultivado em prol da família; (iii) quando o legatário do casal não solicitar sua renovação ou ter a idade de 35 (trinta e cinco) anos sem ser chefe de família e; (iv) quando o imóvel instituído não for cultivado³¹.

Ressalte-se, por derradeiro, que, a lei portuguesa teve grande influência francesa ao tentar instituir a proteção familiar por iniciativa privada, distanciando-se dos moldes preconizados pelo *homestead* americano.

Apresentado o bem de família no contexto mundial, passa-se, a seguir, a retratar sobre a evolução histórica do instituto no Brasil.

1.2 No Brasil

Diversas normas surgiram no Brasil, as quais cuidaram do instituto do bem de família. Dentre elas, o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, estabelecia a dispensa da penhora sobre alguns bens do devedor executado, sem, no entanto, excluir da execução a moradia desse executado (MARTINS)³². Em 1900, a Ordem dos Advogados Brasileiros organizou, na cidade do Rio de Janeiro, o denominado “Congresso Jurídico Americano”, convocando a participação dos juristas para discutirem sobre o assunto “O *homestead* satisfaz melhor do que a enfiteuse o instituto do aproveitamento da terras públicas?”³³.

No dia 5 de outubro de 1903, o deputado paulista Francisco de Toledo Malta apresentou projeto com 15 (quinze) artigos à Câmara dos Deputados, com o fim de introduzir no Direito brasileiro o instituto jurídico do *homestead*, o qual foi aprovado e encaminhado ao Senado³⁴.

O projeto de Beviláqua, que mais tarde entraria em vigor no país, no ano de 1916, permanecendo vigente até 2002, foi direcionado ao Senado sem o instituto jurídico do bem de família. Nas lições de Espínola³⁵, nessa Casa Legislativa:

³¹ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 51.

³² Priscila Martins, *Bem de Família* (15 de Setembro de 2011). Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6456/Bem-de-familia>>.

³³ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 66.

³⁴ Ferreira Coelho, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1924), 500.

³⁵ Eduardo Espínola, *Breves anotações ao Código Civil Brasileiro* (Bahia: Joaquim Ribeiro, 1918), 172.

“A Comissão Especial do Senado presidida por Feliciano Penna, sendo primeiro relator Sá Freire e segundo Fernando Mendes, aceitou, no parecer apresentado em 1.12.1912, uma emenda de seu presidente, mandando incluir no Código, após o art. 33, quatro artigos regulando o *homestead*, os quais passaram, com insignificantes modificações de redação, a constituir o bem de família do Código Civil”.

Por esse modo, incluiu-se, no sistema legislativo brasileiro, em 5 de dezembro de 1912, o bem de família, porém, esse instituto não apresentou o resultado esperado, uma vez que não lhe foi conferida a estrutura devida.

Com a promulgação do Código Civil de 1916, conhecido como “Código de Beviláqua”, instituído pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro, o bem de família foi disposto na Parte Geral, no Livro das Pessoas, sendo que, apenas posteriormente, foi realocado para o Livro dos Bens, dessa mesma Parte Geral.

No CC de 1916³⁶, o bem de família era regulamento pelos arts. 70 a 73, *in verbis*:

“Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a clausula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.

Parágrafo único. A isenção se refere a dividas posteriores ao ato, e não ás anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexecúvel em virtude de ato da instituição.

Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais.

Art. 73. A instituição deverá constar de instrumento publico inscrito no registro de imóveis e publicado na imprensa e, na falta desta, na da capital do Estado”.

Pela leitura dos dispositivos legais acima, determinado bem imóvel, gravado com cláusula de inalienabilidade, era capaz de assegurar o domicílio familiar, preservando-o de eventuais revezes, competindo ao Estado, em última análise, a defesa da família.

Algumas décadas após a instituição do Código de Beviláqua, a Lei nº 8.009³⁷, de 29 de março de 1990, estabeleceu sobre a impenhorabilidade do bem de família:

“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”.

Pela lei supracitada, o objeto do bem de família é o imóvel urbano ou rural, destinado à moradia da família, independentemente da forma de sua constituição, assim como os bens móveis que guarnecem a casa do seu proprietário ou possuidor.

³⁶ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (1º de Janeiro de 1916). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm.

³⁷ *Lei nº 8.009* (29 de março de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm.

Com relação aos requisitos do bem familiar, destacam-se as seguintes particulares, consoante a Lei nº 8.009/1990, a saber: (i) o objeto da impenhorabilidade é, primordialmente, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar; bem como os móveis que guarnecem a residência do casal, sendo eles proprietários ou meros possuidores; (ii) além da propriedade do bem imóvel ou de sua posse, é imprescindível que os membros da família nele residam.

Já o atual Código Civil³⁸ – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, dispôs o bem de família no Livro do Direito de Família, quer dizer, no âmbito do direito patrimonial da família, como se observa nos arts. 1.711 a 1.722:

“Art. 1.711. 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 do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Art. 1.713. Os valores mobiliários, destinados aos fins previstos no artigo antecedente, não poderão exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição. § 1º Deverão os valores mobiliários ser devidamente individualizados no instrumento de instituição do bem de família.

§ 2º Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família deverá constar dos respectivos livros de registro.

§ 3º O instituidor poderá determinar que a administração dos valores mobiliários seja confiada a instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento da respectiva renda aos beneficiários, caso em que a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras do contrato de depósito.

Art. 1.714. O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis.

Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz.

Art. 1.716. A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade.

Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.

Art. 1.718. Qualquer forma de liquidação da entidade administradora, a que se refere o § 3º do art. 1.713, não atingirá os valores a ela confiados, ordenando o juiz a sua transferência para outra instituição semelhante, obedecendo-se, no caso de falência, ao disposto sobre pedido de restituição.

³⁸ *Código Civil de 2002* (10 de janeiro de 2002). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

Art. 1.719. Comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extinguí-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público.

Art. 1.720. Salvo disposição em contrário do ato de instituição, a administração do bem de família compete a ambos os cônjuges, resolvendo o juiz em caso de divergência.

Parágrafo único. Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior, e, do contrário, a seu tutor.

Art. 1.721. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família.

Parágrafo único. Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal.

Art. 1.722. Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos a curatela”.

Sob o prisma da proteção estatal da família, sendo esta o cerne central de toda sociedade, o bem familiar deve fazer parte do conjunto de normas protetivas das atividades familiares. Não cabe, pois, ao Estado furtar à família uma proteção sólida, fazendo-o mediante um eficaz ordenamento jurídico.

2 BEM DE FAMÍLIA/CASA DE MORADA DE FAMÍLIA

2.1 Definição de bem de família no Brasil

Nos ensinamento de Villaça³⁹, o bem de família é “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.

Já Venosa⁴⁰ possui o seguinte entendimento sobre o bem de família: “Constitui-se em uma porção de bens que a lei resguarda com os característicos de inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar”.

Por sua vez, França⁴¹ conceituava o instituto como “o imóvel urbano ou rural, destinado pelo chefe de família, ou com o consentimento deste mediante escritura pública, a servir como domicílio da sociedade doméstica, com a cláusula de impenhorabilidade”.

O autor Mendonça⁴² apresenta a seguinte definição: “Constitui-se pela porção de bens definidos que a lei ampara e resguarda em benefício da família e da permanência do lar, estabelecendo a seu respeito a impenhorabilidade limitada e uma inalienabilidade relativa”.

Reis⁴³ considerava o bem de família como: “O prédio solenemente destinado pelo chefe de família solvente, a domicílio desta, gozando de relativa impenhorabilidade e não podendo ter outro destino, nem ser alienado, sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais”.

Por seu turno, o doutrinador Pereira⁴⁴ leciona que o bem familiar “é uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio”.

Convém observar que, em face do §5º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, que colocou os cônjuges em posição de igualdade quanto a direitos e deveres, não mais existe, no ordenamento jurídico, a figura do “chefe de família”.

³⁹ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 80.

⁴⁰ Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil* (São Paulo: Atlas, 2004), 356.

⁴¹ Rubens Limongi França, *Manual de Direito Civil* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980), 233.

⁴² Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, *Homestead* (Rio de Janeiro, 1915), 213.

⁴³ João Marques dos Reis, *Homestead – Bem de família* (Bahia: Tip. Bahiana, 1917), 120.

⁴⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil* (São Paulo: Editora Forense, 2004), 557-558.

Da leitura do CC/2002, o bem de família é um imóvel rural ou urbano, que se presta à proteção da família, como seu domicílio, sendo inalienável e impenhorável, sob certas situações.

Por todo o exposto, tem-se que o bem familiar é o imóvel urbano ou rural, destinado à moradia da família, independentemente da sua constituição, assim como os móveis que guarnecem a moradia do seu proprietário ou possuidor.

2.2 Definição de casa de morada de família em Portugal

A título de intróito, a Constituição da República Portuguesa (CRP) traz a proteção da família no seu art. 67º, a saber: “A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

Nas lições de Canotilho e Moreira⁴⁵, o legislador, ao garantir proteção à família, reconheceu-a como:

“Realidade social objectiva, garantindo-a enquanto instituição jurídica necessária. Esta garantia institucional decorre da consideração da família como «elemento fundamental da sociedade» (nº 1), sendo, portanto, uma categoria existencial, um fenómeno da vida, e não uma criação jurídica”.

Não obstante a importância conferida ao instituto da família, a CRP eximiu-se de apresentar o seu conceito. Coelho e Oliveira⁴⁶ informam que a noção jurídica de família encontra-se subentendida no art. 1576 do Código Civil, o qual preceitua que “são fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção”. Para esse autores, “a proteção conferida pela CRP, trata-se [...], verdadeiramente, não de direitos da família, mas de direitos das pessoas na família, de direitos das pessoas dentro da família de que são membros”. (COELHO; OLIVEIRA)⁴⁷.

Pois bem.

Do mesmo modo, também no que tange à casa de morada de família, o legislador não foi conferiu qualquer definição expressa, incumbindo à doutrina e à jurisprudência a competência para tanto. É o que se observa do acórdão proferido no processo nº

⁴⁵ José Joaquim Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), 856.

⁴⁶ Francisco Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família* (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), 31.

⁴⁷ Francisco Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família* (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), 31.

4738/03.2TBVCT.G1⁴⁸, do Tribunal da Relação de Guimarães: “A casa de morada de família é o lugar onde a família cumpre as suas funções relativamente aos cônjuges e aos filhos, constituindo o centro da organização doméstica e social da comunidade familiar [...]”.

Para Sousa⁴⁹, é considerada casa de morada de família:

“A que constitua a residência habitual principal do agregado familiar, ou seja, aquela residência, determinável caso por caso, que pela sua estabilidade e solidez seja a sede e o centro principal da maioria dos interesses, das tradições e das aspirações familiares em apreço”.

Nesse sentido, lecionam Coelho e Oliveira⁵⁰: “A residência da família é, por assim dizer, a sua sede; é o lugar onde a família cumpre as suas funções relativamente aos cônjuges e aos seus filhos e onde assume os seus compromissos perante terceiros”. E, prosseguem dispondo que, a “casa de morada de família manterá esta qualificação se for e enquanto for a ‘residência da família’, fixada nos termos do art. 1673º”.

Com a mesma compreensão, Cid⁵¹ leciona o seguinte:

“Para que possa considerar-se um determinado espaço físico como casa de morada de família, parece essencial, não só que este constitua ou tenha constituído a residência habitual principal do agregado familiar, mas também que um (pelo menos um) dos cônjuges seja titular de um direito que lhe confira – e à família por inerência – a possibilidade de utilização desse espaço físico para a morada de família”.

Apresentada a definição da casa de morada de família, insta salientar sobre o direito fundamental à habitação insculpido na CRP, bem como a sua relação com o princípio da dignidade.

2.2.1 Direito à habitação como direito fundamental português e sua relação com o princípio da dignidade

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, convém delimitar a definição de família. Assim, de acordo com Santos⁵², “a família é considerada um dos pilares da

⁴⁸ Acórdão n.º 4738/03.2TBVCT.G1 (3 de Dezembro de 2009). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/71885876828eeb47802576a400374c96?OpenDocument>.

⁴⁹ Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões* (Coimbra: Coimbra Editora, 1999), 246.

⁵⁰ Francisco Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família* (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), 20.

⁵¹ Nuno de Salter Cid, *A Proteção da Casa de Morada de Família* (Coimbra: Almedina, 1996), 53-54.

⁵² Inês da Mota Santos, *A (Im)penhorabilidade da Casa de Morada de Família* (Janeiro de 2018). Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85886/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20->

organização da nossa sociedade”. Para Cid⁵³, “a família precisa, naturalmente, de um espaço físico que lhe sirva de base, de sede, de um local onde possa viver e conviver”.

Já o art. 67º, nº 1 da CRP preconiza que “a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

Por fim, segundo entendimento de Rola⁵⁴:

“A habitação é o núcleo na vida de qualquer pessoa. É ela que garante a estabilidade necessária e previne os riscos que poderão por [sic] em causa outros direitos, como o direito à saúde, à educação, à mobilidade, ao emprego e à cidade. É por isto que a qualidade de vida, segurança pública ou os serviços que garantem o justo desenvolvimento de qualquer pessoa têm de partir de um patamar mínimo que se garante no justo e igualitário acesso a uma habitação condigna”.

Pois bem.

É indubitável que o direito à habitação seja um dos direitos fundamentais do indivíduo.

Compartilhando do posicionamento de Miranda e Medeiros⁵⁵, os sujeitos devem possuir uma morada que conserve a sua intimidade e privacidade, bem como a de sua família, permitindo a convivência em um ambiente saudável e que disponha dos serviços básicos para a sua subsistência e da comunidade familiar.

No que respeita ao direito à habitação, a CRP confere a ele *status* de direito fundamental, estabelecendo em seu art. 65º, nº 1 o seguinte: “Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”.

Ainda, conforme elucidam Canotilho e Moreira⁵⁶, o direito à habitação não se constitui em um direito individual apenas, mas em um direito das famílias, sendo uma garantia à intimidade da vida privada e familiar, abrangendo os direitos sociais básicos, tais como água, saneamento, dentre outros.

É empírico, pois, que o direito à habitação encontre fundamento no princípio da dignidade humana. Segundo os ditames do art. 1º da CRP: “Portugal é uma República

%20A%20%28Im%29penhorabilidade%20da%20Casa%20de%20Morada%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf.

⁵³ Nuno de Salter Cid, *A Proteção da Casa de Morada de Família* (Coimbra: Almedina, 1996), 8.

⁵⁴ Marla Manoel Rola, *O Direito à habitação é interesse público* (2 de Janeiro de 2019). Disponível em https://www.publico.pt/2019/01/02/economia/opiniao/direito-habitacao-interesse-publico1856411?fbclid=IwAR2H_wALOcVMrpeTFe3V1RE9742u70P6bjfleEGupAzcnL1MqWwvKQNMraE.

⁵⁵ Jorge Miranda; Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Coimbra: Coimbra Editora, 2005), 65.

⁵⁶ José Joaquim Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), 345.

soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Outrossim, assevera Martins⁵⁷: “A dignidade é um valor ou qualidade moral inerente à pessoa humana e todo o Homem precisa de um mínimo de condições para o desenvolvimento da sua personalidade [...]”.

O princípio da dignidade humana é essencial para que o direito à habitação seja efetivamente exercido e preservado. Ambos os preceitos encontram correlação, haja vista que todo indivíduo necessita de uma morada adequada para proteger a si e a sua família, de modo que possua subsistir com o mínimo de dignidade e bem-estar.

Nas lições de Novais⁵⁸, *in verbis*:

“A dignidade da pessoa humana não surge constitucionalmente consagrada como um de entre vários outros princípios constitucionais, mas com base em que assenta a República, o que, mesmo sem ter um significado preciso e imediatamente apreensível, há-de [sic] ter, para a afirmação constituinte ser levada a sério, consequências normativas relevantes e correspondentes ao lugar especial que lhe foi reservado na Constituição”.

Por todo o exposto, depreende-se que o direito à habitação é uma repercussão da dignidade da pessoa humana. Sendo a habitação um bem essencial à vida humana, onde é possível usufruir de condições mínimas de sobrevivência, tais como higiene, conforto, privacidade, dentre outros, ela deverá ser considerada como um valor primordial à vida, pois, somente dessa forma, poderá o indivíduo subsistir com o mínimo de dignidade.

⁵⁷ Antônio Martins, *A proteção da casa de morada de família* (2014). Disponível em <http://julgar.pt/a-proteccao-da-casa-de-morada-de-familia/>.

⁵⁸ Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana* (Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2015), 19-20.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A fim de que o estudo do instituto da alienação fiduciária seja mais bem compreendido, faz-se necessária a análise de seus antecedentes históricos e a evolução imposta para atender aos anseios da sociedade.

Para tanto, o presente trabalho fará uma pesquisa imprescindível quanto à abordagem do surgimento dos negócios fiduciários, sua utilização e desenvolvimento nos direitos romano, germânico e anglo-saxônico.

3.1 A fidúcia do Direito Romano

Segundo Wald⁵⁹, a fidúcia romana é a origem dos negócios jurídicos contemporâneos, sendo utilizada nas relações sociais e pela qual:

“Uma pessoa transferia um bem de sua propriedade para uma pessoa conhecida com fins de preservação e administração do patrimônio (*fiducia cum amico*) ou a um credor com escopo de garantia do pagamento de uma dívida (*fiducia cum creditore*), estabelecendo-se um pacto para que o bem lhe fosse restituído após implementadas as condições estipuladas”. (Itálico do autor).

Muito embora os romanistas não saibam precisar o momento exato do surgimento da fidúcia no direito romano, imputa-se a sua origem à Lei das XII Tábuas (450 a.C.), notadamente, ao preceito insculpido na Tábua VI, que conferia força de lei aos acordos realizados entre as partes, assevera Lima⁶⁰. Todavia, nessa época, não havia sanções para o caso de descumprimento da obrigação, que possuía seus alicerces em princípios morais como a lealdade e a confiança.

Os autores modernos diferem a respeito da inserção ou não, pelos juristas romanos, da fidúcia nos contratos reais, afirmando Alves⁶¹ que grande parte dos romanistas entende que a fidúcia integrou os referidos contratos daquela época.

Prosseguindo, a historiadora Fuenteseca⁶² relata ainda que, no período pós-clássico, a figura da fidúcia deixou de ser mencionada, uma vez que os compiladores

⁵⁹ Arnaldo Wald, *Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento* (São Paulo: RT, 2001), 255.

⁶⁰ Otto de Souza Lima, *Negócio fiduciário* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962), 11-13.

⁶¹ José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano* (Rio de Janeiro: Forense, 1996), 135-137.

⁶² Cristina Fuenteseca, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del tribunal supremo* (Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997), 21.

do *Corpus Iuris Civilis* buscaram extinguir dos textos clássicos ou pós-clássicos qualquer menção à fidúcia. Lima⁶³ vai além afirmando que “os vestígios da fidúcia foram não apenas excluídos pelos compiladores do *Corpus Iuris Civilis* como o vocábulo *fidúcia* teria sido substituído por *pignus* (penhor), [...]”. (Itálico do autor).

Entretanto, os primeiros documentos considerados como base para o estudo do negócio fiduciário foram a *Formula Baetica* e a *Mancipatio Pompeiana*, os quais contribuíram para a definição do instituto, com fins patrimoniais ou não, bem como para o esboço de suas espécies⁶⁴.

Demonstrado o surgimento da fidúcia no direito romano, passa-se à dissertação de sua definição sob o ponto de vista de estudiosos do tema. Nas lições de Alves⁶⁵, *in verbis*:

“A fidúcia romana correspondia ao contrato pelo qual o proprietário de um bem infungível, denominado de fiduciante, o transferia a outra pessoa, chamada de fiduciário, que se obrigava a restituí-lo a seu antigo proprietário, implementada certa condição, ou a lhe dar a destinação ajustada”.

A fidúcia realizava-se mediante os negócios jurídicos denominados *mancipatio* e *in iure cessio*, sendo que o primeiro, segundo Cura⁶⁶, era caracterizado “por ser a forma solene empregada para a realização de uma compra e venda real, em que se procedia à troca imediata da coisa contra o preço, tendo objeto, [...] a aquisição da propriedade sobre a coisa ou do poder sobre pessoas, por qualquer causa”.

Já o negócio jurídico *in iure cessio* possuía objetivo comercial, consistente, de acordo com o autor supracitado⁶⁷, “numa reivindicação fingida ou imaginária, na qual o reivindicante afirmava ser o proprietário e, inexistindo impugnação do alienante, o magistrado adjudicava a coisa ao adquirente, encerrando-se o processo com *addictio*”.

Todavia, não somente dos negócios jurídicos *mancipatio* e *in iure cessio* constituía-se a estrutura da fidúcia, unindo-se àqueles um acordo informal, pacto ou convenção, intitulado *pactum fiduciae*, no qual o indivíduo a quem se transferia o domínio da coisa ou o poder sobre outrem se obrigava a restituir o objeto ou a liberar o indivíduo mancipado, sob determinadas condições que lhes eram impostas⁶⁸.

⁶³ Otto de Souza Lima, *Negócio fiduciário* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962), 13-16.

⁶⁴ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada* (1º de Outubro de 2010). Disponível em

<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

⁶⁵ José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano* (Rio de Janeiro: Forense, 1996), 143.

⁶⁶ António Alberto Vieira Cura, *Fiducia cum creditore* (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991), p. 6-8.

⁶⁷ António Alberto Vieira Cura, *Fiducia cum creditore* (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991), 6-8.

⁶⁸ António Alberto Vieira Cura, *Fiducia cum creditore* (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991), 29-31.

A seguir, a fidúcia será analisada sob seu aspecto patrimonial, por meio das espécies *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*.

3.1.1 *Fiducia cum amico*

Nos ensinamentos de Diniz⁶⁹, a *fiducia cum amico* era constituída por um contrato de confiança e não de garantia, em que o fiduciante vendia seus bens a um conhecido sob a condição de que lhes fossem restituídos, posteriormente, quando findassem as eventuais circunstâncias ajustadas, tais como uma viagem, o risco de falecer em uma guerra, dentre outras. Essa espécie de fidúcia não objetivava garantir um crédito, mas sim, adverte Chalhub⁷⁰, de conservar determinados bens do indivíduo.

De acordo com Costa⁷¹, a *fiducia cum amico*:

“Foi socialmente a modalidade de fidúcia mais interessante, uma vez que proporcionava dupla segurança, por possuir conotações que continham tanto a ideia de confiança como a de segurança para ambos os contratantes, o que teria feito com que seu uso se proliferasse em épocas de guerras ou lutas internas, sendo utilizada também para defender o fiduciante de execuções ou desapropriações arbitrárias que não se estendiam, por determinado motivo, ao fiduciário”.

Nessa modalidade de fidúcia, não sendo devolvido o bem ao fiduciante, a ele seria cabível ajuizar ação de reparação por perdas e danos.

3.1.2 *Fiducia cum creditore*

Por sua vez, a *fiducia cum creditore* possuía o fim de garantia, já que o devedor alienava seus bens ao credor, sob a condição de recuperá-los se efetuasse o pagamento do débito dentro de um prazo determinado. Ainda nessa espécie de fidúcia, o adquirente possuía a obrigação de devolver o bem ao alienante após o cumprimento do objeto acordado.

Assevera Dinamarco⁷² que esse negócio jurídico dipôs-se, em um primeiro momento, a possibilitar que os proprietários rurais tivessem acesso a crédito em “em

⁶⁹ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2008), 543.

⁷⁰ Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 11.

⁷¹ Judith H. Martins Costa, *Os negócios fiduciários. Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no Direito Brasileiro* (São Paulo: RT 657, 1990), 38.

⁷² Cândido Rangel Dinamarco, *Alienação fiduciária de bens imóveis* (Revista de Direito Imobiliário, n. 51, 2001), 237.

troca da oferta de bens em garantia, sem a perda de sua posse, para que se evitasse a privação de bens essenciais à atividade econômica exercida”.

Em sendo a fidúcia o primeiro direito real de garantia que se tem ciência, Wald⁷³ adverte sobre as dificuldades enfrentadas pelos fiduciantes/devedores com a recusa do credor/fiduciário em lhes devolver o bem dado em garantia pelo pagamento da dívida, destacando ser essa a principal desvantagem desse negócio jurídico, pois a garantia baseava-se tão somente na confiança.

Com o adimplemento da obrigação, o fiduciário deveria restituir o bem ao fiduciante, em razão do *pactum fiduciae*. Acaso não houvesse o pagamento do débito, restava unicamente a obrigação de indenizar. Nas palavras de Feliciano⁷⁴:

“Este *pactum* representava o acordo de vontades entre devedor e credor, aposto ao ato de alienação, pelo qual o credor se comprometia a restituir a coisa ou a dar-lhe determinada destinação. Tratava-se de um pacto desprovido de ação para compelir o credor à restituir o bem ao devedor, convertendo-se comumente a obrigação do fiduciário no pagamento de indenização”.

Pela leitura acima, o acordo firmado entre devedor e credor era desconhecido por terceiros, conseqüentemente, o descumprimento pelo fiduciário da obrigação de devolver o bem alienado não acarretava outras sanções senão aquela de indenizar por perdas e danos, não sendo possível ao antigo proprietário/fiduciante reivindicá-lo de terceiros. Portanto, “a propriedade transmitida ao fiduciário era, portanto, plena, irrestrita e ilimitada”⁷⁵.

Não obstante os seus inconvenientes, o negócio jurídico fiduciário romano serviu de base para a criação de negócios jurídicos em todo o globo, especialmente, nas doutrinas germânica e anglo-saxã, conforme se verá a seguir.

3.2 Os negócios fiduciários no direito germânico X no direito romano

O direito germânico medieval, apesar de se alicerçar na fidúcia romana, era tratado de forma diversa. Segundo Lima⁷⁶, tal fato se devia à forma como os povos

⁷³ WALD, Arnaldo, *Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento* (São Paulo: RT, 2001), 255.

⁷⁴ Guilherme Guimarães Feliciano, *Tratado de alienação fiduciária em garantia. Das bases romanas à lei n. 9.514/97* (São Paulo: LTr, 1999), 26.

⁷⁵ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada* (Outubro de 2010). Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

⁷⁶ Otto de Souza Lima, *Negócio fiduciário* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962), 118-126.

germânicos receberam o direito romano, fazendo com que tais institutos coexistissem entre si, uns influenciados pelo direito romano, outros, pelo direito germânico.

Dentre as espécies jurídicas do primitivo direito germânico que mais se equiparavam à fidúcia romana, da modalidade *cum creditore*, destacava-se o penhor de propriedade – chamado *Treuhand*, em que o devedor transmitia a propriedade de determinado bem ao credor, que se obrigava a devolvê-la assim que adimplida a dívida. O acordo, correspondente ao *pactum fiduciae* do direito romano, legitimava-se por meio da entrega pelo devedor de uma *carta uenditiones* ao credor, que, por sua vez, cedia àquele uma *contracarta*⁷⁷.

De acordo com alguns autores, dentre eles, Messina⁷⁸, nos negócios fiduciários do antigo direito germânico, verificava-se a presença de alguns intermediários denominados de *manusfidelis* e *salmann*:

“O primeiro deles, sempre pessoa de confiança do proprietário, era incumbido de realizar uma *donatio pro anima*, para cumprir uma liberalidade em geral com fins de caridade ou para libertar um escravo. O *salmann*, por sua vez, era o intermediário utilizado para fazer a transmissão de um bem imóvel do proprietário a um terceiro adquirente; passou a exercer, mais tarde, não apenas a intermediação do negócio como também uma função de tutela patrimonial, uma vez que começou a receber poderes para adquirir a propriedade em favor de terceiros, deixando, com isso, de ser fiduciário do alienante para ser fiduciário do adquirente”. (Itálico do autor).

Apresentadas tais considerações, a principal divergência entre a fidúcia romana e a do antigo direito germânico relacionava-se ao resultado de cada uma delas, uma vez que nesta, a coisa dada em garantia ficava sob condição resolutiva que, quando cumprida, determinava a devolução da propriedade ao antigo dono. Por outro lado, no direito romano, o domínio jurídico conferido ao credor era ilimitado, apesar de se comprometer a restituir o bem assim que fosse adimplida a obrigação pelo fiduciante⁷⁹.

Também o estudioso Miranda⁸⁰ realizou uma comparação entre as fidúcias romana e germânica, chegando à conclusão de que elas poderiam tornar-se “um único esquema conceitual genérico na medida em que, nos dois tipos de fidúcia, o que se vê é a atribuição ao fiduciário de um poder jurídico para a obtenção de escopos mais restritos, um excesso do meio em relação ao fim visado”.

⁷⁷ Guilherme Guimarães Feliciano, *Tratado de alienação fiduciária em garantia. Das bases romanas à lei n. 9.514/97* (São Paulo: LTr, 1999), 66.

⁷⁸ Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici: negozi fiduciari* (Milano: Giuffrè, 1948), 152.

⁷⁹ José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia* (Rio de Janeiro: Forense, 1987), 83.

⁸⁰ Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários* (Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, 1984), 90-91.

Porém, prossegue o autor⁸¹ supracitado aduzindo que, na fidúcia romana, conferia-se ao fiduciário/credor “um poder jurídico real ilimitado para a obtenção de um escopo com limites puramente obrigacionais”, enquanto que, na fidúcia germânica, “a limitação do escopo resulta, não de uma (outra) relação jurídica obrigatória, mas da esfera do poder jurídico do próprio fiduciário, através da aposição de uma condição resolutiva ao negócio, estabelecida em favor do fiduciante, em caso de violação do pacto fiduciário”.

Pode-se inferir que a fidúcia possuía maior realce no direito romano, uma vez que a titularidade absoluta do credor/fiduciário poderia colocar de sobressalto a situação do devedor/fiduciante, na hipótese de aquele recusar a restituição do bem.

3.3 O *Trust* no direito anglo-saxão

Relata Chalhub⁸² que o *trust* passou a ser verificado na Inglaterra por ocasião da conquista normanda, no ano de 1066, quando as terras dos nobres foram conquistadas por Guilherme I, que as centralizou:

“Em sua propriedade e passou a distribuí-las de acordo com o sistema feudal, sob forma de *tenures*, concessão feita pelo senhor a seu vassalo com o objetivo de lhe assegurar o sustento e de lhe permitir prestar ao senhor o serviço requerido. A atribuição da propriedade a uma pessoa para benefício de outras (*to the use of*) já ocorria antes dessa época, mas destinando-se a propósitos específicos e por tempo limitado, como, por exemplo, em razão de uma Cruzada e pelo tempo de sua duração”. (Itálico do autor).

De acordo com Pettit⁸³, o *trust* é entendido como:

“O negócio jurídico pelo qual uma pessoa, chamada de *trustee*, compromete-se a administrar bens sobre os quais tem controle, que são chamados bens dados em *trust*, seja em benefício de seu proprietário, denominado de *settlor*, de si mesmo ou outras pessoas, chamadas beneficiárias ou *cestuís que trust*, estando qualquer delas investida de legitimidade para exigir o implemento da obrigação ou para uma finalidade caritativa, que poderia ser fiscalizada pelo ministério público”. (Itálico do autor).

Do conceito acima apresentado, conclui-se que a principal característica do *trust* diz respeito à dupla propriedade de bens, ou seja, tal particularidade confere extensa ductilidade ao sistema e, ao mesmo tempo, traz segurança às partes envolvidas.

⁸¹ Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários* (Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, 1984), 90-91.

⁸² Melhim Namem Chalhub, *Trust: breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana* (São Paulo: RT, 2001), 83.

⁸³ Philip H. Pettit, *Equity and the law of trusts*. (Londres: Butterworths, 1993), 23.

Gomes⁸⁴ aduz que o surgimento do *trust* pode ser demonstrado a partir da distinção feita entre a *common law* e a *equity* no direito inglês. Para o jurista, as obrigações derivam, no sistema da *common law*, tão somente dos contratos e de crimes. Assim, a entrega de bens a indivíduo de confiança para administrá-los, por certo período de tempo, não implicava a obrigação jurídica de restituí-los ao antigo proprietário. Como resultado, ao fiduciário competia apenas um “dever de consciência”, haja vista que o negócio era baseado exclusivamente na confiança.

Já na *equity*, esse dever de consciência do credor “comportava cumprimento coativo, na medida em que o transmitente-fiduciante poderia apelar para a Corte de Chancelaria para constranger aquele a devolver os bens”, finaliza Gomes⁸⁵.

Assim, após destacar que a figura do *trust* apresenta características diversas das fidúcias romana e germânica, notadamente em razão do sistema estruturante em que surgiu, Costa⁸⁶ assevera que do *trust* advém a consideração da propriedade como “utilidade da coisa (*estate*) e não domínio sobre a coisa”.

Além do que, a referida autora⁸⁷ aponta os sujeitos que fazem parte dessa relação negocial, a saber: (i) o *settlor of trust* - proprietário dos bens constituídos em *trust*; (ii) o *trustee*, aquele a quem compete a administração dos bens; e (iii) o *cestui que trust* – “o beneficiário ou aquele que possui interesses administrados pelo *trustee*, que se obriga, pela *equity*, a exercer, em proveito daquele, os direitos recebidos em *trust*”.

Não obstante a particularidade relevante do *trust* – dupla propriedade de bens -, essa figura apresenta grandes entraves para aqueles ordenamentos jurídicos originados do direito romano, como o brasileiro, que se funda no princípio da unicidade ou da exclusividade de domínio. Por outro lado, Chalhub⁸⁸ adverte que “no processo de assimilação dos elementos essenciais do *trust* pelos sistemas romanísticos já se pode identificar a titularidade fiduciária e, conseqüentemente, a afetação patrimonial”.

A seguir, avançando no tempo, passa-se a esboçar sobre os negócios fiduciários no direito moderno.

3.4 Os negócios fiduciários no direito moderno

⁸⁴ Orlando Gomes, *Contrato de fidúcia (trust)* (São Paulo: RF), 12.

⁸⁵ Orlando Gomes, *Contrato de fidúcia (trust)* (São Paulo: RF), 12.

⁸⁶ COSTA, Judith H. Martins, *Os negócios fiduciários. Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro* (São Paulo: RT 657, 1990), 39.

⁸⁷ COSTA, Judith H. Martins, *Os negócios fiduciários. Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro* (São Paulo: RT 657, 1990), 39.

⁸⁸ Melhim Namem Chalhub, *Trust: breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana* (São Paulo: RT, 2001), 97.

No direito moderno, o conceito de negócio fiduciário foi desenvolvido por juristas alemães, especialmente, por Ferdinand Regelsberger. Dito isso, Pontes de Miranda⁸⁹ leciona que ele (negócio fiduciário) será constatado “sempre que a transmissão do bem tiver finalidade que não é a transmissão em si mesma, servindo de garantia para o cumprimento de negócio diverso”.

Muito embora os negócios fiduciários contemporâneos possuam características próprias dos negócios indiretos, podendo até mesmo ser considerados como uma de suas espécies, tendo em vista que a consequência esperada pelos contratantes é diferente do resultado jurídico típico do negócio escolhido, os negócios fiduciários se constituem por um negócio típico com diversas finalidades, ocorrendo um excesso em relação ao fim almejado pelo fiduciante.

Fato é que, tanto os negócios indiretos como os fiduciários se regem pelo princípio da autonomia da vontade, e, em regra, são lícitos, desde que não divirgam de normas de ordem pública e não objetivem fraudar credores, afastando-se, pois, dos negócios simulados, principalmente porque nestes, a relação negocial é firmada tão somente na aparência, enquanto que naqueles o fim alcançado representa a vontade dos contratantes⁹⁰.

Nos ensinamentos de Bessone, o principal elemento do negócio jurídico é a confiança. Assim, “essa modalidade negocial somente se realiza por confiar o fiduciante no fiduciário a quem concede, visando certo fim econômico, uma posição jurídica mais ampla do que a prevista pela lei”⁹¹.

Por seu turno, Chalhub⁹² elenca os negócios jurídicos em duas modalidades, quais sejam, de garantia e de administração. São exemplos de negócios jurídicos de garantia a venda com reserva de domínio, a venda com escopo de garantia e a cessão fiduciária de crédito. Quanto a segunda espécie, a cessão fiduciária para fins societários e o negócio fiduciário para fins de recomposição de patrimônio.

Convém ressaltar que o direito brasileiro não regula normas genéricas para os negócios fiduciários, os quais, entretanto, são admitidos pela doutrina e pela jurisprudência, exaltando o princípio da autonomia da vontade e desde que não burlem normas de ordem pública ou caracterizem fraude a credores.

⁸⁹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado* (São Paulo: RT, 1974), 115-116.

⁹⁰ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada* (Outubro de 2010). Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

⁹¹ Darcy Bessone, *Da compra e venda, promessa, reserva de domínio & alienação em garantia* (São Paulo: Saraiva, 1997), 258.

⁹² Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 49-53.

3.5 Negócios fiduciários com finalidade de garantia

Para o presente trabalho, interessa tão somente discorrer sobre o negócio fiduciário com finalidade de garantia, não cabendo, pois, aqui, desenvolver o tema sobre o negócio fiduciário de administração.

Pois bem.

Os negócios fiduciários com finalidade de garantia relacionam-se à espécie da fúducia romana *cum creditore*, na medida em que a transmissão de um bem ou de um direito realizada por meio deles faz-se em garantia de uma obrigação principal, surgindo para o credor/fiduciário o encargo de restituir aquele bem ou direito tão logo seja adimplida a obrigação pelo devedor/fiduciante.

Inserese nessa modalidade negocial a venda com fins de garantia, a qual trata de contrato acessório em que o fiduciante transfere ao fiduciário um bem em garantia pelo pagamento de uma obrigação. Em caso de mora do devedor, ao credor é permitido satisfazer seu crédito mediante o uso do bem ou pela venda desse produto em hasta pública, restituindo-se ao devedor o valor remanescente.

Compreende, ainda, dentre os negócios fiduciários com fins de garantia, a venda e compra com reserva de domínio e a cessão fiduciária de crédito. Naquela primeira, o vendedor permanece com a propriedade do bem, fiduciária e resolúvel, até que o comprador cumpra integralmente sua obrigação. Após, extingue-se a propriedade resolúvel⁹³. Já no segundo caso, interessante transcrever a elucidação apresentada pelo doutrinador Fiúza⁹⁴, *in verbis*:

“O cedente-fiduciante cede ao cessionário-fiduciário um crédito em garantia do pagamento de uma obrigação principal, podendo o cessionário exercer todos os direitos de credor, inclusive executar a dívida, sem, contudo, ficar com o valor recebido, que reterá até o cumprimento da obrigação do cedente. A cessão extingue-se com o pagamento da dívida, retornando o crédito ou o produto obtido na sua cobrança ao cedente”.

Visto todo o conteúdo inicial voltado ao negócio jurídico fiduciário, apresentar-se-ão, nos capítulos seguintes, os principais tópicos relacionados ao tema principal do presente estudo.

⁹³ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada* (Outubro de 2010). Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

⁹⁴ César Fiúza, *Alienação fiduciária em garantia (de acordo com a lei n. 9.514/97)* (Rio de Janeiro: AIDE, 2000), 18.

4 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

4.1 A propriedade no direito romano à doutrina de Duguit

Antes de iniciar o exame da propriedade fiduciária, será feita uma breve abordagem quanto à propriedade primitiva e à propriedade romana.

Dito isso, na era paleolítica, os homens eram nômades e subsistiam da coleta, pesca e caça, dependendo o local de sua moradia da topografia do terreno. Com o desenvolvimento da agricultura e da pecuária, os pequenos grupos familiares passaram a se tornar ociosos, o que impulsionou o surgimento de uma sociedade em pequenas aldeias. Ao longo da Idade dos Metais, muitos povoados tornaram-se cidades, surgindo, há cinco mil anos, no Oriente Médio, as primeiras civilizações, explana Carvalho⁹⁵.

Lévy delinea os principais fundamentos da propriedade primitiva e antiga baseada no sagrado⁹⁶: “Assim a terra é um bem sagrado que os povos ancestrais adoravam como a primeira mãe da criação, ‘que alimentava os vivos e enterrava os mortos’ (provérbio malgache); um elo de comunhão mística que unia o homem, a terra, os ancestrais que ali repousavam e os deuses”.

Para o historiador⁹⁷, a ligação existente entre os indivíduos e a terra que ocupavam está relacionada ao parentesco, no vínculo espiritual com os antepassados, havendo a transmissão dos seus direitos aos seus descendentes. “A terra é um bem coletivo”, é a coletividade que a explora, pertencendo ela ao grupo, sem a presença de uma propriedade individual, mas uma intercorrência entre os seus cultivadores em favor daquele grupo.

Quanto à propriedade romana, ela passou a ter contornos mais evidentes, pois, para os romanos, a propriedade do solo compreendia tudo aquilo que nele se encontrasse, incluindo aí a colheita.

De acordo com Coulanges⁹⁸, a noção de propriedade privada se fundamentava na religião, em que cada família possuía o seu lar e os seus antepassados. Nas residências romanas, erguiam-se paredes a fim de que elas fossem isoladas e protegidas. Pelo que se observa dos costumes da época, a ideia de propriedade

⁹⁵ Maria Serina Areias de Carvalho, *Propriedade fiduciária: bens móveis e imóveis*. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16112011-162843/pt-br.php>.

⁹⁶ Jean-Philippe Lévy, *Histoire de la propriété* (Paris: Presses Universitaires de France, 1972), 8.

⁹⁷ Jean-Philippe Lévy, *Histoire de la propriété* (Paris: Presses Universitaires de France, 1972), 9.

⁹⁸ Numa Denis Fustel de Coulanges, *A cidade antiga* (Lisboa: LCE, sem ano), 70-80.

equivalia ao pequeno outeiro, onde se enterravam os mortos, até o campo que o circundava. A sepultura estabelecia, assim, um vínculo indissolúvel da família com o terreno, leia-se propriedade. Posto isso, essa propriedade estava intrinsecamente ligada à religião doméstica, de tal modo que a casa e o campo “incorporavam-se” à família.

O doutrinador Barros⁹⁹ desenvolveu quatro teorias sobre o fundamento jurídico da propriedade:

“(i) A teoria da ocupação: a ocupação apresenta-se como fundamento do direito de propriedade, porém falta-lhe o apoio da lei, pois sendo apenas modo de aquisição da propriedade, não serve para justificar a existência deste direito, eis que aquilo que se quer adquirir deve preexistir; (ii) a teoria da lei: a propriedade é uma concessão do direito positivo, devendo sua existência à lei. Se assim fosse, estaria este direito sujeito a vontade humana, podendo o legislador suprimi-la ou alterá-la; (iii) a teoria da especificação: concebe-se o trabalho como fonte de criação do direito de propriedade, o que geraria situações de exclusão daquele que não participa diretamente do trabalho e a multiplicação de propriedades sobre um mesmo bem, provocando um enfraquecimento deste direito; (iv) a teoria da natureza humana: a propriedade serve ao homem enquanto satisfaz suas necessidades e fomenta seu desenvolvimento como ser humano. É condição para sua existência e aperfeiçoamento do intelecto”.

Dito isso, discorrer-se-á brevemente sobre o aspecto histórico da propriedade. Nas lições de Maluf¹⁰⁰, a propriedade romana apresentava cinco tipos distintos, a saber:

(i) propriedade quirítária: estabelecia o conjunto de vários requisitos e somente o cidadão romano possuía essa aptidão, ademais, a coisa deveria ser idônea e o modo de aquisição seguir o *jus civile*. Somente aos quirites era possível a titularidade dessa propriedade;

(ii) propriedade pretoriana: o adquirente era protegido de uma *res Mancipi* pelo pretor. Com a *actio publiciana*, esse comprador poderia reivindicar a coisa contra terceiros e, no caso de decurso de prazo para usucapir, tornar-se proprietário por direito dos quirites. Com o fim da diferença entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, bem como com a união da legislação, o *in bonis habere* foi denominado por Justiniano como *dominium*;

(iii) propriedade do *jus gentium*: os plebeus incentivavam diversas tentativas de desmembramento das terras do Estado Romano, dentro e fora das cidades. Assim, os forasteiros, devido às conquistas romanas, passaram a adquirir pelo *ius gentium*, o que originou uma propriedade provincial ou peregrina;

⁹⁹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das coisas* (São Paulo: Saraiva, 2003), 79-80.

¹⁰⁰ Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005), 24.

(iv) propriedade peregrina: dentre os povos conquistados, aqueles que continuassem com suas terras e posses não teriam o direito de fazer parte do *ager romanus*, isto é, não lhes era aplicado o direito romano;

(v) propriedade provincial: essa propriedade dizia respeito às terras utilizadas por particulares nas províncias, as quais pertenciam ao Estado, pelo pagamento de um tributo anual ao ente público.

Prossegue o autor acima mencionado¹⁰¹ asseverando que, em virtude da Constituição de Caracala, que atribuiu cidadania a toda a população, a propriedade peregrina deixou de existir. Na era pós-clássica do direito romano, as espécies de propriedade acima mencionadas são dissolvidas por Justiniano, uma vez que ordenou a união das mesmas.

Ainda, de acordo com Correia e Sciascia¹⁰², a propriedade não era considerada como “um direito, ‘*res incorporalis*’, mas se identificava com a própria coisa corpórea”. Para os romanos, “o dono exercia seu direito ‘*usque ad sidera et ad inferos*’”, ou seja, “a propriedade abrange tudo aquilo que lhe está na superfície ou no subsolo, e em toda a altura e em toda a profundidade”.

Por outro lado, Josserand¹⁰³ aduz o seguinte:

“A propriedade dos bens corpóreos perdeu pouco a pouco seu absolutismo original; esse fato é publicamente notório naquilo que concerne à propriedade rural. O dono seja de uma propriedade, seja de uma casa, já não tem mais em nossos dias uma verdadeira soberania sobre sua propriedade. Suas prerrogativas tradicionais não são mais absolutas”.

Pois bem.

Avançando no tempo, na Idade Média, aquela propriedade agrupada por Justiniano foi fracionada na enfiteuse, sendo predominante nesta época, uma vez que o servo da gleba explorava as terras do senhor feudal. Na enfiteuse, identificavam-se dois direitos: (i) de domínio útil: em que havia a transferência para o senhor da gleba; (ii) de domínio direto: cuja propriedade era do senhor feudal¹⁰⁴.

Já na Renascença, o interesse pela antiguidade clássica greco-romana é retomado, numa perspectiva antropocêntrica do universo. Na compreensão do nome, ressurgem o renascimento das obras em latim.

¹⁰¹ Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005), 24-25.

¹⁰² Alexandre Correia; Gaetano Sciascia, *Manual de direito romano* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988), 124.

¹⁰³ Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français* (Paris: Sirey, 1940), 175.

¹⁰⁴ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das coisas* (São Paulo: Saraiva, 2003), 81.

Com o surgimento da Revolução Industrial, antigos dogmas sociais são extintos, sendo que nobreza e clero renunciam aos seus privilégios, deixando de existir a condição de servo e a jurisdição do senhor feudal, assevera Savatier¹⁰⁵.

No final do século XVIII e início do século XIX, nota-se o desenvolvimento de grandes codificações, tais como, o Código Civil francês de 1804, denominado Código de Napoleão, e o Código Civil alemão, com vigência em 1900. No tocante à propriedade, a referência ao direito absoluto ou seu uso absoluto não mais é concebível, merecendo especial atenção do jurista Duguit.

Especialmente a partir de 1902, a propriedade, cuja concepção era voltada ao individualismo, exclusivismo, perpetuidade e absolutismo desde o direito romano, passou a ser entendida de outra forma, com as Conferências de Léon Duguit, na cidade de Buenos Aires. Para o jurista, a propriedade não só devia ter uma função social, mas também sê-la, o que causou grandes controvérsias na época¹⁰⁶.

Com relação ao Brasil, a Constituição de 1824, à época do Império, já garantia o direito de propriedade, assim como quando do surgimento da República, já que a Constituição Republicana de 1891 ratificou igualmente tal direito. Com o advento da segunda Constituição Republicana, em 1934, também foi conferida proteção ao direito de propriedade. A Constituição da República de 1946 assegurou tal prerrogativa, bem como o direito à desapropriação. Em 1967, a função social da propriedade foi inserida como um dos princípios da ordem econômica e social, o que foi mantido em 1969. Por fim, na Constituição Federal de 1988, o constituinte estabeleceu que a propriedade deve cumprir a sua função social, explica Bittar¹⁰⁷.

4.2 Patrimônio de afetação

O direito pátrio criou o denominado “patrimônio de afetação”, que abrange os direitos e bens transmitidos a um indivíduo para fins de garantimento ou administração, os quais devem voltar à titularidade do alienante ou de terceiro beneficiário após se atingir o objetivo contratado. Busca-se, assim, conferir segurança jurídica aos contratantes, impedindo constrições por dívidas.

¹⁰⁵ René Savatier, *Du droit civil au droit public: a travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile* (Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1945), 35.

¹⁰⁶ Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limitações ao direito de propriedade* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005), 88-95.

¹⁰⁷ Carlos Alberto Bittar, *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988* (São Paulo: Saraiva, 1981), 3.

Para Chalhub¹⁰⁸, o patrimônio de afetação pode ser entendido como “uma massa de bens afetada ao pagamento de uma massa de dívidas”.

A inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, da noção de patrimônio de afetação coaduna com a introdução da propriedade fiduciária pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Nos ensinamentos de Negrato¹⁰⁹:

“A propriedade fiduciária é direito real, disciplinado em lei por força do princípio dos *numerus clausus* dos direitos reais, constituído mediante o registro do instrumento de sua instituição com finalidade de garantia do cumprimento de uma obrigação principal ou para fins de administração. Trata-se, pois, de direito real acessório, limitado e temporário, que se resolve em favor do devedor fiduciante com a satisfação da dívida deste ou da consecução da finalidade para a qual havia sido destinada e que, em regra, não responde por débitos que não sejam diretamente relacionados à contratação e não se sujeitam aos efeitos da decretação de falência ou declaração de insolvência de fiduciante ou fiduciário. Caracteriza-se, pois, pela afetação patrimonial anteriormente aduzida”.

Apresentadas essas breves considerações, adentra-se na evolução legislativa, no conceito e elementos caracterizadores da propriedade fiduciária.

4.3 Evolução legislativa da propriedade fiduciária

A Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o Mercado de Capitais e estabelece outras medidas para o seu desenvolvimento, notadamente em seu art. 66¹¹⁰ (alterado pelo Decreto-Lei n. 911/1969) inseriu, no sistema jurídico brasileiro, a alienação fiduciária em garantia. Em que pese o progresso apresentado pela proteção do crédito favorecer especificamente os consumidores e a conservação do bem em poder do credor/alienante, discrepâncias eram constatadas com relação ao meio apto para reaver o bem daquele que, inadimplente, se recusava a restituí-lo.

Dessa forma, o DL n. 911/1969 pôs fim a quaisquer dúvidas quanto à repercussão advinda da posse, estabelecendo que o devedor, possuidor direto, é depositário, contraindo para si todas as responsabilidades e deveres relacionados à espécie, constituindo a ação de busca e apreensão. Ressalte-se que referida norma continua em vigor.

¹⁰⁸ Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 198.

¹⁰⁹ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação Fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

¹¹⁰ Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. [...]”.

Alguns anos depois, em 1997, a Lei nº 9.514 dispôs sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, instituindo a alienação fiduciária de coisa imóvel, regulando-a no Capítulo II, arts. 22 a 33. Com a entrada em vigor do CC/2002, a propriedade fiduciária, bem como a alienação fiduciária passaram a ser disciplinadas nos arts. 1361 a 1.368-B.

Além disso, outras formas de fidúcia legal permanecem regulamentadas por normas específicas, aplicando-se, dependendo do caso, o Código Civil subsidiariamente.

4.4 Conceito e elementos caracterizadores

A priori, o direito de propriedade é um dos princípios fundamentais assegurados pela CF/88, preceituando Ferreira Filho¹¹¹ que a “propriedade é um direito constitucional que não está acima nem abaixo dos outros, porém, está sujeito a adaptações corriqueiras em prol do interesse público, não sendo, portanto caracterizada como um bem intocável”.

De uma maneira resumida, propriedade é o direito real que se confere a um indivíduo, que, a partir de então, passa a ser intitulado “proprietário”, na posse de um bem/coisa, em todas a suas relações.

Nos termos do art. 1.361 do CC/2002, “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”, sendo tal modalidade regulamentada nos arts. 1361 a 1.368-B do diploma civil.

Viana¹¹² entende que, nesse caso, há uma limitação temporal, tendo em vista que “o fiduciário adquire uma propriedade temporária, sujeita a condição resolutiva, sendo a propriedade restrita e resolúvel”.

Destarte, diversos estudiosos apresentam seu entendimento sobre a propriedade fiduciária, destacando-se, dentre eles, Gonçalves¹¹³: “É a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível, constituída para fins de garantia de obrigação, a partir do registro do título no Cartório de Títulos e Documentos. Assim, é a propriedade que só existe como garantia do pagamento de outra obrigação”.

¹¹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Lições de direito constitucional* (São Paulo: Ed. Saraiva, 2017), 342.

¹¹² Marco Aurélio da Silva Viana, *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais* (Rio de Janeiro: Forense), 525-526.

¹¹³ Carlos Roberto Gonçalves, *Sinopse Jurídica –Direito das Coisas* (São Paulo: Editora Saraiva, 2003), 130.

Referido autor¹¹⁴ discorre ainda a respeito da sua regulamentação:

“O contrato deve ter a forma escrita, podendo o instrumento ser público ou particular, e conter: o total da dívida, ou sua estimativa; o prazo, ou a época do pagamento; a taxa de juros, se houver; a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação (CC, art. 1.362). A aquisição do domínio exige a tradição, que é ficta, na hipótese. O registro no Cartório de Títulos e Documentos confere existência legal à propriedade fiduciária, gerando oponibilidade a terceiros. Deve ser efetivado no “domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. O credor pode exigir outras garantias, como a fiança e o aval. Se o débito é saldado por terceiro, em geral o avalista ou fiador, dá-se a sub-rogação no crédito e na propriedade fiduciária”.

Já Lima¹¹⁵ elucida que a propriedade fiduciária, em seu estágio de evolução atual, pode ser entendida como “aquela onde estão reunidos em um mesmo titular as faculdades de usar, gozar, dispor e reavê-la de quem quer que a injustamente a possua, a partir da constituição de que a propriedade possui um conteúdo elástico”.

De acordo com Rodrigues¹¹⁶, a propriedade fiduciária “é o domínio resolúvel de coisa infungível que o adquirente do crédito transfere ao financiador até este ser pago do preço”. Pereira¹¹⁷ a entende como um “novo direito real de garantia, que veio complementar o quadro já conhecido”. E, segundo Monteiro¹¹⁸, a propriedade fiduciária “é um novo direito real abrangendo somente bens móveis infungíveis”.

Já Negrato¹¹⁹, assim se posiciona:

“A propriedade fiduciária é direito real, disciplinado em lei por forçado princípio dos *numerus clausus* dos direitos reais, constituído mediante o registro do instrumento de sua instituição com finalidade de garantia do cumprimento de uma obrigação principal ou para fins de administração. Trata-se, pois, de direito real acessório, limitado e temporário, que se resolve em favor do devedor fiduciante com a satisfação da dívida deste ou da consecução da finalidade para a qual havia sido destinada e que, em regra, não responde por débitos que não sejam diretamente relacionados à contratação e não se sujeitam aos efeitos da decretação de falência ou declaração de insolvência de fiduciante ou fiduciário. Caracteriza-se, pois, pela afetação patrimonial anteriormente deduzida”.

Por sua vez, Diniz¹²⁰ ensina que ela consubstancia-se como um “negócio jurídico subordinado a condição resolutiva, já que o alienante readquire a propriedade da coisa

¹¹⁴ Carlos Roberto Gonçalves, *Sinopse Jurídica –Direito das Coisas* (São Paulo: Editora Saraiva, 2003),

¹¹⁵ Frederico Henrique Viegas de Lima, *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel* (Curitiba: Juruá, 2011), 77-78.

¹¹⁶ Silvio Rodrigues, *Direito civil: direito das coisas* (São Paulo: Saraiva, 2002), 241.

¹¹⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: direitos reais* (Rio de Janeiro: Forense, 2005), 426.

¹¹⁸ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das coisas*. 37.ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p.246, v.3.

¹¹⁹ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação Fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

¹²⁰ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2008), 662.

alienada com o pagamento da dívida”. Menciona ainda que a propriedade fiduciária é espécie de propriedade resolúvel, já que o fiduciante/devedor, ao realizar o negócio, intuita recuperar o domínio da coisa, nos termos do preceituado nos arts. 1.359 e 1360 do CC/2002.

A autora supracitada¹²¹ destaca a verificação de elementos objetivos e subjetivos essenciais à propriedade fiduciária:

(i) Elementos subjetivos: conforme leitura do §1º do art. 22 da Lei 9.514/1997, é possível que a pessoa física constitua-se como credora na relação fiduciária. Além do que, o CC/2002 foi omissivo quanto ao assunto, o que viabiliza que o negócio jurídico seja celebrado entre pessoas jurídicas, pessoas físicas ou entre estas e aquelas, observadas as peculiaridades de cada caso. Por óbvio, as pessoas naturais envolvidas devem possuir capacidade para os atos da vida civil.

(ii) Elementos objetivos: a propriedade fiduciária poderá incidir tanto sobre bens móveis quanto imóveis, como é o caso dos exemplos já citados, venda com reserva de domínio, a venda com escopo de garantia e a cessão fiduciária de crédito, dentre outros.

Como visto, qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, com capacidade para os atos da vida civil, poderá alienar a coisa em garantia, desde que tenha o seu domínio ou que venha a tê-lo. Nesse sentido, posicionam-se Albuquerque¹²², o qual afirma que pode ser objeto de alienação fiduciária o imóvel já construído ou em construção, autorizada a contratação por pessoa física ou jurídica. Em *strictu sensu*, são denominados fiduciante e o fiduciário. E, Chalhub¹²³ que aduz que, no mercado imobiliário, poderão configurar na relação o incorporador, o adquirente e, até mesmo, uma financiadora.

Por seu turno, o §2º do art.1.361 doCC/2002 permite que a alienação fiduciária seja realizada sem que, necessariamente, o devedor/fiduciante seja o proprietário do bem dado em garantia da obrigação. É o que também dispõe Viana¹²⁴: “A propriedade superveniente implica a transferência da propriedade fiduciária, sem que seja necessário qualquer outro ato posterior”. E, conforme o art. 22 da Lei n. 9.514/1997, a alienação fiduciária, com o escopo de garantia, tem por objeto coisa imóvel.

Com o pagamento da obrigação garantida cessa a posse indireta pelo adquirente e ao alienante é restituída a posse total do bem, assim como recupera a propriedade transferida fiduciariamente, isto é, em razão da condição resolutiva pelo adimplemento,

¹²¹ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2008), 662.

¹²² J. B. Torres de Albuquerque, *Da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis: doutrina, pareceres, jurisprudência e legislação* (Araras: Bestbook, 2001), 38.

¹²³ Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 325.

¹²⁴ Marco Aurélio da Silva Viana, *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais* (Rio de Janeiro: Forense), 522.

a propriedade se fixa no alienante, todavia, se ocorrer o inadimplemento, consolidar-se-á em prol do adquirente.

Ato contínuo, o §1º do art. 1.361 do CC/2002 aclara que a propriedade fiduciária se consolidará com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, sendo certo que a regra geral é a liberdade da forma, salvo quando a lei exigi-la especificamente.

4.5 Direitos, deveres e obrigações do fiduciante e do fiduciário

Primeiramente, ressaltem-se os direitos do fiduciante, com previsão na Lei n. 9.514/97¹²⁵: (i) possuir a coisa (art. 23, parágrafo único); (ii) readquirir a coisa (art. 25, *caput*); (iii) consignar em pagamento (arts. 890 a 900 do CC/2002); (iv) purgar a mora (art. 26, §1º); (v) direito de cessão (art. 26, §8º) e direito à averbação (arts. 167, II e 21 da Lei n. 6.015/1973); (vi) direito de locar (art. 27, §7º); (vii) direito à quitação plena (art. 27, §7º) e (viii) direito ao saldo obtido com o produto do leilão (art. 27, §4º).

Dentre as principais obrigações do fiduciante na Lei n. 9.514/97, tem-se: (i) a obrigação de pagar os tributos que incidam sobre o imóvel (art. 27, §8º); (ii) a obrigação de não alienar o imóvel objeto de garantia (art. 29); (iii) a obrigação de restituir o imóvel, na hipótese de insolvência, a fim de realizar a consolidação da propriedade em poder do credor e (iv) a obrigação de pagar a dívida (art. 25).

Convém mencionar que a principal obrigação do fiduciante é quitar o adimplemento da obrigação nos termos do acordo celebrado, mediante o pagamento da dívida.

O art. 1.363 do CC/2002 possibilita ao devedor, a suas expensas e risco, e, antes de vencida a dívida, poder utilizar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado a entregá-la ao credor se a dívida não for paga no seu vencimento. Porém, se a coisa for vendida e o produto não for suficiente para saldar a dívida, permanece o devedor obrigado pela diferença.

Por seu turno, são direitos inerentes ao fiduciário presentes na Lei n. 9.514/97¹²⁶: (i) ser proprietário *pro tempore* da coisa onerada; (ii) reivindicar o bem alienado fiduciariamente; (iii) vender a terceiro a coisa que adquiriu fiduciariamente; (iv) continuar

¹²⁵ Lei n.º 9.514 (20 de novembro de 1997). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm.

¹²⁶ Lei n.º 9.514 (20 de novembro de 1997). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm.

sendo credor do fiduciante se o preço da venda não satisfizer o seu crédito; (v) mover ação de depósito contra o fiduciante; (vi) pedir a devolução da coisa alienada fiduciariamente; (vii) oferecer embargos de terceiro no caso de o bem ser penhorado por qualquer credor; (viii) requerer a busca e apreensão da coisa; (ix) propor ação possessória; (x) considerar vencida a dívida se o devedor não pagar uma das parcelas.

Já suas obrigações constituem-se em¹²⁷: (i) conferir ao fiduciante o financiamento, empréstimo ou entrega de mercadoria na qual se obrigou; (ii) respeitar o uso da coisa alienada pelo fiduciante; (iii) devolver o domínio do bem gravado tão logo o fiduciante pagar seu débito; (iv) utilizar o produto da venda da coisa alienada no pagamento do crédito na hipótese de o credor ser inadimplente; (v) entregar ao devedor o saldo remanescente obtido com a venda; (vi) provar contra terceiros a titularidade dos bens de sua propriedade possuídos pelo devedor; (vii) ressarcir as perdas e danos quando se recusar a receber o pagamento da dívida ou dar a quitação.

4.6 Propriedade fiduciária no direito comparado

A propriedade fiduciária foi inserida quase que simultaneamente com o patrimônio afetado, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto na legislação estrangeira. Países de cunho predominantemente romanista possuem ainda muitos entraves no tocante à adoção da propriedade fiduciária, principalmente, por força da taxatividade da unicidade da propriedade, da responsabilidade patrimonial universal e da proibição ao pacto comissório¹²⁸.

Nações como Portugal e Espanha são exemplos de que, não obstante os anseios dos setores de produção, ainda não conseguiram implementar, de maneira ampla, e em todo o seu território, a propriedade fiduciária ou legitimar a Convenção de Haia de 1985 sobre *trust*. Há países, como a Itália e a França, que já o fizeram, todavia, existem grandes problemas relacionados sobre se a sua implantação viola os princípios de direito já aludidos.

¹²⁷ Lei nº 9.514 (20 de novembro de 1997). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm.

¹²⁸ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação Fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>

5 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL

Com o intuito de suprir a ausência de efetividade da garantia instituída pelos direitos reais até então conhecidos, sem, entretanto, exigir do devedor os riscos existentes no negócio fiduciário, provenientes de abuso por parte do credor/fiduciário, o legislador criou a figura da alienação fiduciária.

Segundo Dal Pont¹²⁹, diversos fatores relacionados ao contexto histórico vivido no país contribuíram para a introdução do referido instituto no ordenamento brasileiro pela Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, comumente denominada Lei do Mercado de Capitais: “A política interna do país, em regime de ditadura militar, que tinha como uma das prioridades a expansão industrial; a baixa capacidade aquisitiva da população à compra de bens de consumo duráveis e a ineficiência das formas de garantia então existentes”.

A referida norma, no seu art. 66¹³⁰, ao inserir a alienação fiduciária no ordenamento jurídico, estabeleceu que, nas obrigações garantidas pelo instituto em bens móveis, o fiduciário possui o domínio da coisa alienada até o adimplemento da dívida, devendo o contrato ser realizado por escrito, sendo seu instrumento público ou privado, qualquer que seja o seu valor, no registro de títulos e documentos, sob pena de não valer contra terceiros. O contrato deve prever ainda o total da dívida ou a sua estimativa, o prazo ou a época do pagamento e a taxa de juros, se houver (§1º).

Todavia, sem se ater às minúcias da Lei n. 4.728/1965, o Decreto-Lei nº 911¹³¹, de 1º de outubro de 1969, conferiu nova redação ao art. 66:

“Transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”.

As características básicas do instituto da alienação fiduciária, estabelecidas pelo art. 66 da Lei 4728/65, são idênticas às da propriedade fiduciária. Trata-se, em ambos

¹²⁹ Lucia Dal Pont, *A função do registrador na alienação fiduciária de imóveis* (Campinas: Russel, 2009), 19.

¹³⁰ Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

[...].

¹³¹ *Decreto-Lei nº 911* (1º de outubro de 1969). Disponível em http://www.planalto.gov.br/civil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm.

os casos, da transferência da propriedade resolúvel de bens móveis pelo devedor ao credor, como garantia de obrigações assumidas por aquele junto a este. Com a constituição da propriedade fiduciária ocorre ainda o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa, enquanto o credor permanece com a posse indireta da coisa.

Ademais, como se pode observar, a alienação fiduciária prevista na Lei do Mercado de Capitais era aplicável tão somente aos bens móveis, vindo a ser admitida sobre bens imóveis posteriormente, com a publicação da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, denominada Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário.

Não obstante, anteriormente ao advento da lei em comento, parte da doutrina e da jurisprudência já entendia ser possível a propriedade resolúvel de bem imóvel em garantia de uma obrigação principal, não sob a perspectiva da alienação fiduciária que a legislação vigente estabelecia apenas sobre bens móveis, “mas sob a forma de negócio fiduciário atípico, que seria válido por inexistir vedação legal, nos termos do art. 82 do Código Civil de 1916, desde que tivesse agente capaz e objeto lícito” afirma Forster¹³².

5.1 Conceito e natureza jurídica

Dito isto, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.514/97, a alienação fiduciária de coisa imóvel 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”.

De acordo com Lima¹³³, a alienação fiduciária:

“Como negócio jurídico que é, desenvolve-se como um direito acessório, dependente de uma obrigação principal, notadamente um contrato de mútuo, pelo qual o devedor – chamado de fiduciante – realiza, por si, ou por intermédio de terceiro, a entrega de bem imóvel, para o credor – dito fiduciário -, em propriedade resolúvel, enquanto durar a obrigação principal. A acessoriedade, inerente à propriedade fiduciária em geral, [...], sujeita o bem, por vínculo real, ao destino da obrigação principal. Isto quer dizer que a sorte da propriedade fiduciária está intimamente ligada à da obrigação principal”.

Pelas lições do autor acima, a alienação fiduciária se caracteriza, pois, em um negócio jurídico acessório, dependente, geralmente (e não obrigatoriamente), de uma obrigação advinda de um contrato de mútuo, em que o devedor transfere, em caráter

¹³² Nestor José Forster, *Alienação fiduciária em garantia* (Porto Alegre: Sulina, 1979), 62-63.

¹³³ Frederico Henrique Viegas de Lima, *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel* (Curitiba: Juruá, 2011), 60.

temporário, um bem de sua propriedade ao credor, pelo prazo avençado para o vencimento da obrigação principal.

Segundo Boni¹³⁴, nesse contrato:

“Se o imóvel for de propriedade do construtor e por este mesmo financiado em favor do adquirente ou devedor, a propriedade passa a assumir a forma de propriedade fiduciária, de caráter resolúvel, ou seja, a propriedade efetiva do imóvel somente será transmitida ao adquirente após a quitação do preço total da aquisição”.

Já Saad¹³⁵ assevera que a alienação fiduciária “é um contrato que visa à constituição de um direito real acessório de garantia. Sua natureza jurídica, portanto, é de contrato com efeitos reais. O fiduciário é proprietário resolúvel, sem os atributos de uso e disposição do bem, próprios da propriedade plena”.

Nas lições de Diniz¹³⁶, *in verbis*:

“Alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível (CC, art. 1.361) ou de um bem imóvel (Lei n. 9.514/97, arts. 22 a 33), como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida”.

Consoante o art. 26 da Lei nº 9.514/97, o sujeito que aliena a propriedade é o próprio devedor/fiduciante, haja vista que, se este não adimplir com o financiamento, a propriedade do imóvel dado em garantia restará consolidada pelo fiduciário/credor.

Por outro lado, para que exista a propriedade fiduciária, faz-se necessário o registro do contrato de alienação fiduciária junto ao Oficial do Registro de Imóveis da situação do imóvel alienado, conforme o art. 23¹³⁷, *caput* da Lei nº 9.514/97.

Com efeito, no registro imobiliário, constituir-se-á, como proprietário fiduciário, o credor, e, como fiduciante, o devedor. Já com a composição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel legal (parágrafo único do art. 23).

Com o pagamento integral da dívida, a propriedade fiduciária é extinta, competindo ao devedor, mediante a apresentação do termo de quitação, transferir o imóvel para a sua titularidade. Por outro lado, se o devedor não cumprir com a sua obrigação/adimplemento, no todo ou em parte, consolidar-se-á a propriedade plena do

¹³⁴ Gabriela Boni, *Propriedade fiduciária no Direito brasileiro*. Disponível em <https://jus.com.br/1190787-gabriela-boni/publicacoes/1>.

¹³⁵ Renan Miguel Saad, *A alienação fiduciária sobre bens imóveis* (Rio de Janeiro: Renovar, 2001), 40.

¹³⁶ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2008), 545.

¹³⁷ Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

[...].

imóvel em nome do fiduciário, após o fiduciante ser regularmente notificado para purgar a mora¹³⁸.

Nesse caso, mesmo retornando o bem imóvel para o credor, este se obrigará a leiloá-lo, no prazo de trinta dias, após a transferência da propriedade para a sua titularidade. No primeiro leilão, o lance mínimo deverá ser aquele correspondente ao da avaliação do imóvel. Se inferior, será realizado um segundo leilão, ocasião em que será aceito o maior lance, desde que igual ou superior ao valor da dívida, incluídas as despesas com o leilão, prêmios de seguros, encargos legais e contribuições condominiais. Na hipótese de o lance ser superior ao valor da dívida e das despesas, o saldo remanescente será restituído ao devedor.

5.2 Requisitos e constituição

O sistema registral imobiliário brasileiro possui dupla função: constituir o direito real e dar publicidade dos direitos registrados, notadamente perante terceiros. Como visto alhures, a propriedade fiduciária é constituída mediante o registro do contrato de alienação fiduciária em garantia no cartório imobiliário, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/97.

Desse modo, a legitimação da alienação fiduciária de bens imóveis ocorre mediante escritura pública ou particular, a qual possuirá efeitos de escritura pública, nos ditames do art. 38¹³⁹ Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário.

A alienação fiduciária é constituída pela transmissão da propriedade, não sendo cabível, portanto, a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis inalienáveis. Por outro lado, quanto aos bens impenhoráveis, existe a possibilidade da alienação fiduciária.

O instrumento de formalização da alienação fiduciária de bem imóvel deverá obedecer às seguintes determinações impostas pelo art. 24 da Lei nº 9.514/97, a saber:

“Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterà:

I - o valor do principal da dívida;

II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;

III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

¹³⁸ Art. 26. 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. [...].

¹³⁹ Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.

IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;

VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Parágrafo único. Caso o valor do imóvel convencionado pelas partes nos termos do inciso VI do caput deste artigo seja inferior ao utilizado pelo órgão competente como base de cálculo para a apuração do imposto sobre transmissão inter vivos, exigível por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, este último será o valor mínimo para efeito de venda do imóvel no primeiro leilão”.

Como se pode verificar, os três primeiros incisos cuidam da “especialização da dívida garantida¹⁴⁰”. Nesse caso, diversamente do que estabelece o art. 1.424 do CC/2002, o qual autoriza expressamente o cômputo do valor da dívida ou a utilização de valor máximo, o artigo acima previu tão somente que seja informado o valor do principal da dívida. Já o inciso IV diz respeito à “especialização do objeto da garantia”¹⁴¹, quer dizer, da constituição da propriedade fiduciária.

O inciso V assegura ao devedor/fiduciante a livre posse do imóvel objeto da alienação fiduciária, enquanto adimplente. Por seu turno, o inciso VI advém da execução extrajudicial, que exige uma avaliação prévia do imóvel, tendo em vista que não ocorrerá a penhora, mas a concretização da propriedade fiduciária. Por conseguinte, é vedada a realização da avaliação do bem no momento da sua venda.

No que toca ao inciso VII, interessantes os dizeres de Silva¹⁴² ao colacionar que:

“O sétimo inciso é indício inequívoco do espírito protecionista, inerente ao financiamento imobiliário habitacional, que permeia a Lei nº. 9.514/97, bem como todo o instituto. Trata-se de conferir publicidade, no próprio título, ao procedimento de execução extrajudicial da garantia, já previsto na lei. A intenção é claramente de proteger o devedor hipossuficiente, que por desconhecimento do instituto, poderia ser surpreendido pela rápida execução extrajudicial”.

Como já informado, a alienação fiduciária de bem imóvel constitui-se pela transmissão da propriedade como forma de garantia. Dessa maneira, é requisito indispensável que o instrumento de alienação fiduciária seja registrado perante o

¹⁴⁰ Fábio Rocha Pinto e Silva, *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais - Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>.

¹⁴¹ Fábio Rocha Pinto e Silva, *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais - Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>.

¹⁴² Fábio Rocha Pinto e Silva, *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais - Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>.

Cartório de Imóveis competente. Somente após o registro, a propriedade fiduciária é de fato convertida em favor do credor.

A seguir, serão demonstrados os requisitos subjetivos, objetivos e formais da alienação fiduciária instituída pela Lei n. 9.514/97.

5.2.1 Requisitos subjetivos

Segundo Santos¹⁴³, o contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel poderá ser celebrado por qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, não sendo exclusiva dos entes que operam no sistema de financiamento imobiliário, conforme preceitua o §1º, do art. 22¹⁴⁴ da Lei nº 9.514/97, com redação conferida pela Medida Provisória nº 2.223/2001, e, por último, alterada pela Lei nº 11.481/2007.

Assim, via de regra, o contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel é um contrato bilateral, em que há um sujeito ativo - credor fiduciário e um sujeito passivo – devedor fiduciante; igualmente em seus efeitos.

Nesse diapasão, leciona Lima¹⁴⁵, *in verbis*:

“Tanto o devedor fiduciante, como o credor fiduciário podem ser pessoas físicas ou jurídicas, não necessitando de contarem com características especiais, como a exigência de, tratando-se de pessoas jurídicas, serem empresas integrantes do Sistema de Financiamento Imobiliário. Isso porque a nova garantia real, tendo em vista seu perfeito delienamento, é dotada de vida independente da lei que a criou, não sendo negócio jurídico onde obrigatoriamente deve intervir uma entidade destinada a efetuar o financiamento do próprio negócio, sob o argumento de estar ela devidamente autorizada para tanto”.

Embora a Lei nº 9.514/97 determine que a contratação possa ser realizada por qualquer pessoa, há uma tendência de que essa espécie de negócios seja somente utilizada por instituições financeiras, incorporadoras e empresas de construção, todavia, ressalte-se que nada impede o seu uso por qualquer pessoa para garantir a obrigação dela decorrente, inclusive, de contratos não vinculados ao Sistema Financeiro Imobiliário.

¹⁴³ Ernane Fidélis dos Santos, *Alienação fiduciária de coisa imóvel* (São Paulo: Revista Jurídica, n. 261, 1999), 21.

¹⁴⁴ Art. 22 [...].

§ 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: [...].

¹⁴⁵ Frederico Henrique Viegas de Lima, *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel* (Curitiba: Juruá, 2011), 102.

5.2.2 Requisitos objetivos

O bem imóvel que fora alienado fiduciariamente pode ser de titularidade do devedor ou de terceira pessoa, não sendo imprescindível que tenha sido adquirido com o montante proveniente do contrato principal que se pretende garantir, podendo ser celebrado por qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não integrante do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), como já dito.

Com a inovação legislativa, configuram-se no contexto jurídico brasileiro duas formas de contratação de alienação fiduciária em garantia, com relação ao seu objeto. Primeiramente, a mobiliária, disciplinada pelo Decreto-Lei nº 911/1969, e a imobiliária, definida pelo SFI.

Conforme Lima¹⁴⁶, a versão imobiliária surge “como direito real típico, afastando a ideia até então dominante de que, caso uma contratação tendo como objeto um bem imóvel fosse efetivada, estar-se-ia diante de negócio jurídico indireto ou negócio fiduciário”.

Dessa feita, podem ser objeto da contratação bens imóveis urbanos ou rurais, independentemente de seu fim (residência, comércio, indústria, dentre outros), já construídos ou em construção; bens imóveis por acessão física e intelectual e direitos reais sobre imóveis; os enfiteuticos ou usufrutuados, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário, nos termos do art. 22, §1º da Lei nº 9.514/97¹⁴⁷.

Podem igualmente ser alienadas fiduciariamente parte indivisa de bem imóvel em condomínio, ainda que não haja consentimento dos demais condôminos, caso em que, na hipótese de inadimplemento do devedor, terão direito de preferência nos leilões públicos pelo valor do maior lance, ou em concorrência com o credor fiduciário, no caso de frustração do leilão, pelo valor do débito¹⁴⁸.

Convém mencionar a possibilidade de alienação de bem imóvel, que já constituía o acervo patrimonial do devedor fiduciante, sendo pacificado o entendimento nesse sentido, conforme leitura da Súmula 28¹⁴⁹ do STJ: “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

¹⁴⁶ Frederico Henrique Viegas de Lima, *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel* (Curitiba: Juruá, 2011), 105.

¹⁴⁷ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação Fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

¹⁴⁸ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação Fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

¹⁴⁹ Súmula 28 (25 de Setembro de 1991). Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_2_capSumula28.pdf.

Por fim, segundo lições do ex-ministro Grau¹⁵⁰: “A identificação e descrição do bem objeto de alienação fiduciária constituem-se elementos essenciais no momento de sua formalização ou constituição, cuja ausência torna inexistente o próprio negócio jurídico”.

5.3 Efeitos do registro

O contrato de alienação fiduciária depende de registro para que surta eficácia real, segundo as regras aplicáveis à aquisição da propriedade, regulamentada pela art. 1.245 do CC/2002¹⁵¹. Assim, na falta de registro, não haverá um direito real de garantia.

A partir do registro, então, há a possibilidade de se transferir a propriedade pertencente ao devedor/fiduciante ao credor/fiduciário, nos ditames da propriedade resolúvel. Essa transmissão, realizada mediante o registro, faz com que surja a propriedade fiduciária com escopo de garantia, pelo prazo que perdurar a obrigação principal.

Com o adimplemento integral da obrigação, o credor fornecerá ao devedor um termo de quitação, que será levado ao Cartório de Registro de Imóveis em que se encontra registrado o bem imóvel, momento em que o registrador efetuará o cancelamento, por averbação, do registro da propriedade fiduciária.

Nos dizeres de Lima¹⁵², “o ato registrário a ser desenvolvido é o de averbação. Não somente pela previsão legal contida no § 2º, do art. 25, da Lei nº 9.514/97, mas, também pela própria natureza do ato de averbação”.

Outrossim, preconiza Ortiz¹⁵³ sobre os efeitos da averbação:

“A averbação não muda nem a causa nem a natureza do título que deu origem à inscrição, não subverte o assento original, tão-somente o subentende. A estrutura de uma inscrição não pode, portanto, ser modificada pela averbação de um ato retrooperante, podendo apenas servir de substrato a um ato que, reconhecendo a sua existência inteiriça, em um instante de tempo, daí parte para dar-lhe nova figura em instante **ulterior**”. (negrito do autor).

¹⁵⁰ Eros Roberto Grau, *Negócio jurídico inexistente. Alienação fiduciária em garantia; existência, validade e eficácia do negócio jurídico* (São Paulo: RT, 1987), 168.

¹⁵¹ Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.
§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

¹⁵² Frederico Henrique Viegas de Lima, *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel* (Curitiba: Juruá, 2011), 75.

¹⁵³ José Maria Ortiz, *Estudios de Derecho Hipotecario* (Madrid: Marcial Pons, 1994), 139.

Certo é que, com o registro do contrato que constitui a alienação fiduciária, o credor recebe em garantia a propriedade do bem imóvel, figurando como proprietário, ainda que em caráter resolúvel.

5.4 Propriedade resolúvel

Conforme já dito, a alienação fiduciária de bem imóvel é constituída pela transmissão do domínio do bem ao credor fiduciário, sendo essa transferência gravada com cláusula resolutiva, que se efetiva mediante o adimplemento da obrigação principal (art. 22¹⁵⁴ da Lei nº 9.514/97).

Indubitavelmente, o credor torna-se proprietário do imóvel, apesar de ser sua propriedade limitada, primeiramente, porque o uso do bem permanece com o devedor, que detém a sua posse direta, depois, porque o credor não poderá dispor do bem, que se encontra afetado à certa destinação como garantia de determinada obrigação.

De acordo com Chalhub¹⁵⁵, a propriedade fiduciária:

“Pressupõe a criação de um patrimônio de afetação, isolando-o do restante do patrimônio do credor, à semelhança do que ocorre com o incorporador imobiliário, nos termos do art. 31-A¹⁵⁶ da Lei de Condomínios e Incorporações Imobiliárias (Lei nº 4.591/64), incluído pela Lei nº 9.514/1997, e das companhias securitizadoras de créditos imobiliários”.

O bem afeto à garantia, desmembrando-o do acervo patrimonial do credor fiduciário, faz com que a propriedade retida por esse credor fique ainda mais restrita que aquela propriedade meramente sujeita à condição resolutiva. Por esse motivo, Martins¹⁵⁷ justifica o uso da expressão “propriedade fiduciária”, sob o argumento de que “propriedade fiduciária e propriedade resolúvel não são conceitos intercambiáveis, sendo antes duas espécies distintas do gênero propriedade limitada”.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 94.

¹⁵⁶ Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

¹⁵⁷ Raphael Manhães Martins, *Análise da “aclimação” do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária* (Revista de Direito Privado nº 42), 252.

Nesse sentido, é o que dispõe Negrato¹⁵⁸: “Propriedade fiduciária e propriedade resolúvel não são sinônimos. Embora resolúvel, aquela é instituída e extinta desde que preenchidos os requisitos previstos em lei, independentemente da vontade das partes, sendo limitada por seu escopo de garantia”.

Por fim, os arts. 1.359 e 1.360¹⁵⁹ do CC/2002 disciplinam a extinção da propriedade resolúvel, que ocorrerá com o implemento da condição ou com o advento do termo estabelecidos no momento da contratação ou por causa superveniente, não se limitando para fins de garantia.

A seguir, discorrer-se-á sobre a natureza do direito do devedor fiduciante.

5.5 Natureza do direito do devedor fiduciante

A natureza do direito do devedor fiduciante é controversa. O doutrinador Gomes¹⁶⁰ a define como “proprietário sob condição suspensiva”. Essa também é a posição de Chalhub¹⁶¹, que conceitua o direito do devedor como um “direito real de aquisição”, equiparando a alienação fiduciária à venda com reserva de domínio, preconizada no art. 521 do CC/2002, instituto esse que, no Brasil, restringe-se aos bens móveis.

Já Wald¹⁶² entende que o devedor fiduciante possui direito idêntico ao do promitente comprador, previsto nos arts. 1.417 e 1.418 do diploma civil. Isso porque a restituição da propriedade ao devedor submeter-se-ia, via de regra, à manifestação de vontade do credor fiduciário, porém, como ocorre com o promitente comprador, o fiduciante poderia, em caso de recusa do credor, conseguir determinação judicial nesse sentido, resgatando a propriedade do imóvel.

¹⁵⁸ Gustavo Scudeler Negrato, *Alienação Fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

¹⁵⁹ Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possui ou detenha.

Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.

¹⁶⁰ Orlando Gomes, *Alienação Fiduciária em Garantia* (São Paulo: RT, 1975), 122.

¹⁶¹ Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 144-145.

¹⁶² Arnaldo Wald, *Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento* (São Paulo: RT, 2001), 25-30.

5.6 A insuficiência do regime da Lei nº 9.514/97 para a aplicação geral da alienação fiduciária em bem imóvel

Neste tópico, restará demonstrado que, não obstante a criação e regulação da alienação fiduciária de bens imóveis, por meio da Lei nº. 9.514/97, ser considerada pertinente para o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), ela se mostra insuficiente e inapropriada para possibilitar a sua aplicação de forma geral.

A inadequação da alienação fiduciária de bens imóveis, de acordo com a legislação em comento, para fins de garantia de obrigações em geral, apartadas do SFI, tem sido objeto recorrente de decisões dos Tribunais de Justiça Regionais¹⁶³, os quais têm vedado o uso alienação fiduciária de imóveis como garantia de dívidas alheias ao Sistema de Financiamento Imobiliário. Veja-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TERCEIRO GARANTIDOR DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. IMÓVEL DADO COMO GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EMPRÉSTIMO PESSOAL. [...] NÃO ATENDIMENTO AO OBJETIVO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PREVISTA PELA LEI 9.514/97. INEXISTÊNCIA DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEL, OU DE REFORMA. [...] Relevante notar que não se trata de aquisição de imóvel, nem de reforma, mas sim, de crédito pessoal, e que a instituição da alienação fiduciária de bens imóveis, disciplinada pela Lei 9.514/97, tem por objetivo fomentar o financiamento de bens imóveis (para sua aquisição, reforma ou edificação), para facilitar o acesso ao direito à moradia, constitucionalmente garantido (art. 6º da Constituição Federal). Todavia, no particular depreende-se que a finalidade da lei foi de fato desrespeitada, na medida em que foi constituída alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de Cédula de Crédito Bancário Crédito Pessoal”. (TJPR – AgInst 967614-8 – 17ª Câmara Cível – Rel. Des. Stewalt Camargo Filho – DJ 16/04/2013).

Note-se que o referido *decisum* não possui qualquer justificativa expressa no sentido de não ser possível a aplicação dos dispositivo legais que permitem a utilização geral da alienação fiduciária.

Nessa senda, dispõe Silva¹⁶⁴: “Não obstante, entendemos que a utilização da alienação fiduciária de imóveis para garantia de obrigações externas ao SFI, tendo como base a Lei nº 9.514/1997, representa, igualmente, profunda inadequação e insegurança jurídica. [...]”.

Seguem a título de exemplificação: (i) a associação pessoal do devedor e a extensão da quitação recíproca determinada pelo art. 27 da Lei nº. 9.514/97; (ii) a

¹⁶³ *Agravo de Instrumento nº 967614-8* (16 de Abril de 2013). Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11789149/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1223976-2>.

¹⁶⁴ Fábio Rocha Pinto e Silva, *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais - Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>.

possibilidade de ser utilizada a alienação fiduciária para garantir obrigações futuras, condicionais, ou de cunho não pecuniário; (iii) o lugar da alienação fiduciária frente ao bem de família (Lei nº. 8.009/91); e (iv) a possibilidade de cessão dos direitos pertinentes ao credor fiduciário e ao devedor fiduciante.

5.6.1 Alienação fiduciária do imóvel bem de família – implicações da Lei nº 8.009/90

Como relatado no início deste trabalho, o bem de família já era previsto no Código Civil de 1916¹⁶⁵, o qual autorizava “aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio”. Já o CC/2002 manteve a disciplina nos art. 1.711 e seguintes.

O bem de família disposto no diploma civil é conhecido como voluntário, uma vez que depende de manifestação expressa do indivíduo instituidor, por meio de escritura pública ou testamento, sendo vedado exceder um terço do patrimônio líquido existente à época. Há também o bem de família legal, que não depende de manifestação de vontade, cabendo ao Estado garanti-lo à subsistência da família ou entidade familiar.

A Lei nº 8.009/1990 estabeleceu o chamado bem de família legal, assegurando a impenhorabilidade do imóvel próprio do casal ou da entidade familiar, consoante o art. 1º¹⁶⁶. Ressalte-se que a impenhorabilidade não se limita ao imóvel, compreendendo construções, plantações, benfeitorias e todos os equipamentos ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Cabe, neste momento, tecer algumas considerações relevantes sobre o dispositivo legal supra, o que se passa a expor. O *caput* do art. 1º da Lei nº 8.009/1990 traz a palavra “casal”, o que implica dizer que, no texto, ela diz respeito aos cônjuges, e, a locução “entidade familiar”, possui o significado manifestado nos §§3º e 4º da CF/88:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...].

¹⁶⁵ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (1º de Janeiro de 1916). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm.

¹⁶⁶ 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 e filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Pela leitura do dispositivo constitucional, a entidade familiar relaciona-se tanto à união estável, protegida como forma de constituição de família, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Com efeito, um dos requisitos configuradores do bem de família é que o bem imóvel deve ser de propriedade do casal ou da entidade familiar, bastando, ademais, que, um dos membros dessa família seja proprietário do bem residencial apto a se constituir em bem familiar.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 531.988-SP¹⁶⁷, reconheceu, por votação unânime, que, à união estável, *in casu*, aplicava-se a Lei nº 8.009/1990, devendo ser resguardados os bens dos companheiros, que guarneciam a sua residência, livres da penhora, já que os mesmos encontravam-se quitados.

Além da propriedade do bem imóvel, outro quesito imprescindível é que os integrantes da família devem nele residir. De acordo com Villaça¹⁶⁸, o imóvel é residencial quando:

“Servir de local em que se estabeleça uma família, centralizando suas atividades. Ele é, propriamente, o domicílio familiar, em que existe a residência de seus integrantes, em um lugar (elemento objetivo), e o ânimo de permanecer (elemento subjetivo), de estar nesse local, em caráter definitivo”.

Nesse tocante, o julgado nº 47/462¹⁶⁹, da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por decisão unânime, posicionou-se no seguinte sentido:

“Não habitando o executado o imóvel de sua propriedade e tendo-o destinado à locação residencial, exsurge a sua descaracterização como bem de família, a teor da Lei 8.009/90. [...]. Diante da ausência de requisito indispensável à configuração da impenhorabilidade a benefício do executado, era de rigor se manter subsistente a penhora incidente sobre o imóvel”.

¹⁶⁷ *Recurso Especial nº 531.988-SP* (4 de Março de 1997). Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5321352/mod_resource/content/0/Tema%209%20-%20VILLA%20C3%87A%20Alvaro.%20Bem%20de%20fam%20C3%ADlia.pdf.

¹⁶⁸ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 193.

¹⁶⁹ *Lex nº 47/462* (16 de Março de 2021). Disponível em https://portal.trf3.jus.br/data/files/DE/25/87/30/8EB38710BFA7A387E52809C2/Caderno_TRF_2021-03-16_XIII_47.pdf.

Essa condição de residir no imóvel é tão relevante que, basta que o pai ou seus descendentes nele residam para que se configure a impenhorabilidade automática, ainda que não exista registro desse imóvel no Cartório de Registro de Imóveis¹⁷⁰.

Nesse passo, foi a decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por meio da sua 10ª Câmara Especial¹⁷¹, a qual reconheceu que, ainda que o imóvel constituído em bem de família tivesse finalidade múltipla, quer dizer, residencial e comercial, prevalecia a destinação de moradia, não havendo que se falar em penhora do imóvel.

Outro fato é que a lei é clara ao proteger a família do devedor, e não propriamente o devedor. O que não deixa de ser um entendimento retrógrado, uma vez que o legislador fez distinções entre o devedor que possui família constituída e aquele (devedor) que optou por viver sozinho ou ser solteiro. É o que bem pontua Villaça:

“Entendo diferentemente desse posicionamento contrário à proteção do solteiro ou do que vive solitariamente. Eles não podem ser aliados da proteção da lei, porque cada pessoa, ainda que vivendo sozinha, deve ser considerada como família, em sentido estrito, já que o homem, fora da sociedade, deve buscar um ninho, um lar, para proteger-se das violências, das agruras e dos revezes que existem na sociedade. Assim o bem de família unipessoal protege a pessoa que vive solitariamente. Todo ser humano necessita de proteção, no seu lar, não podendo ficar excluído porque optou por viver sozinho”.

Nessa perspectiva, o julgamento da 6ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 182.223-SP¹⁷², cuja relatoria foi do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Veja-se:

“A Lei 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal”.

Também se caracteriza bem de família, recaindo sobre imóvel, domicílio de irmãos solteiros em execução de dívida assumida por um deles, sendo atestada a impenhorabilidade¹⁷³.

¹⁷⁰ *Apelação Cível nº 687/164* (11 de Outubro de 1998). Disponível em <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4948400/apelacao-civel-ac-138574-sc-1998013857-4/inteiro-teor-11474861>.

¹⁷¹ *JTAC 154/102-SP* (8 de Agosto de 1995). Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5321352/mod_resource/content/0/Tema%209%20-%20VILLA%20C3%87A%20Alvaro.%20Bem%20de%20fam%20C3%ADlia.pdf.

¹⁷² *Recurso Especial nº 182.223-SP* (19 de Agosto de 1999). Disponível em <http://www.mundonotarial.org/Bem%20de%20Fam%20C3%ADlia%20-%20Solteiro.pdf>.

¹⁷³ *Recurso Especial nº 159.851-SP* (19 de Março de 1998). Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19855042/recurso-especial-resp-159851-sp-1997-0092092-5>.

Da mesma maneira, ainda que o devedor possua terreno sem qualquer edificação, sua residência permanecerá como bem de família; mesmo “estando o imóvel residencial do casal locado para servir como fonte de subsistência da família em condições condignas, prevalece sua impenhorabilidade de acordo com a finalidade social da Lei nº 8.009/90”, segundo posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais¹⁷⁴ (TJMG).

Já o §1º do art. 1º da Lei nº 8.009/1990 preconiza que, uma vez que o proprietário do imóvel nele reside com a sua família, esse bem se constituirá um bem de família impenhorável, ainda que o titular do imóvel, seu cônjuge ou companheiro, ou seus filhos sejam devedores de débito civil, comercial, fiscal, previdenciário ou de qualquer outra natureza.

Por seu turno, o art. 3º da legislação em comento apresentou as exceções à impenhorabilidade legal, como se verifica:

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

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

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 de pensão alimentícia;

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. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)”.

São ainda impenhoráveis o terreno e a construção edificada sobre ele, suas eventuais acessões, plantações, semeaduras, as benfeitorias de qualquer espécie - benfeitorias neccessárias, úteis e até mesmo as voluptuárias, como por exemplo, uma piscina, uma sauna, dentre outros¹⁷⁵.

Igualmente será impenhorável a pequena propriedade rural, quando trabalhada pela família, não respondendo por dívidas originadas de sua atividade produtiva, como assegura o inciso XXVI, art. 5º da CF/88¹⁷⁶.

¹⁷⁴ *Agravo de Instrumento nº 54.694-3-MG* (16 de Setembro de 1997). Disponível em <https://jus.com.br/artigos/3443/bem-de-familia/2>.

¹⁷⁵ Álvaro Azevedo Villaça, *Bem de família* (São Paulo: Atlas, 2010), 198.

¹⁷⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

Isso posto, a impenhorabilidade advinda do bem de família legal é considerada, por vezes, como finalidade da lei, que visa a proteção da moradia. Nesse sentido, notadamente, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que conferiu *status* de direito fundamental à moradia, alguns TJ's regionais têm adstrito a validade da garantia da alienação fiduciária instituída sobre imóvel bem de família às obrigações reconhecidas pelo proprietário, vedando a utilização desse bem familiar como garantia das obrigações perante terceiros¹⁷⁷.

Por outro lado, sob o aspecto formal, a alienação fiduciária é uma garantia fundamentada na transmissão da propriedade. Já a penhora constitui-se como uma etapa anterior à expropriação do bem do devedor, no processo de execução, sendo alheia ao instituto da alienação fiduciária. Assim, *a priori*, a impenhorabilidade não poderia ser oposta à venda extrajudicial do imóvel alienado fiduciariamente, tendo em vista que esse bem não mais pertence ao devedor desde a instituição da garantia.

Há quem se posicione, portanto, a favor da realização da alienação fiduciária do imóvel bem de família por meio de analogia ao art. 3º, inciso VI da Lei nº. 8.009/1990, que autoriza a penhora do imóvel em virtude de garantia hipotecária, como se observa no julgado do TJMG nº 1.0153.06.055779-7/001¹⁷⁸:

“EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL - LEI 9.514/97 - BEM DE FAMÍLIA - LEI 8.009/90 - NOTAS PROMISSÓRIAS ASSINADAS PELO DEVEDOR - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO - AMPARO - DEVIDA EXECUÇÃO DE TODAS AS PRESTAÇÕES - AUSÊNCIA DE EXCESSO - COOPERATIVA - EQUIPARAÇÃO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - JUROS REMUNERATÓRIOS - LEI DE USURA - INAPLICABILIDADE - EMENDA CONSTITUIÇÃO N. 40/93 - REVOGAÇÃO DO ART. 192, § 3º DA CF - AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO. Não é impenhorável bem de família dado em garantia em alienação fiduciária de bem imóvel, nos termos do artigo 3º, V, da Lei 8.009/90 e artigo 17 da Lei 9.514/97. Não há excesso de execução na cobrança de notas promissórias devidamente assinadas pelo devedor e amparadas por contrato de empréstimo com garantia de alienação fiduciária de bem imóvel, referentemente a todas as prestações, inclusive as vincendas. Apesar de as cooperativas não serem bancos, são a eles equiparadas, portanto, como não se aplica às instituições financeiras o Decreto n. 22.626/33, e, tendo ainda o art. 192, § 3º, da CF sido revogado pela Emenda Constitucional n. 40/03, deve prevalecer nos contratos bancários os juros remuneratórios

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

¹⁷⁷ “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”. *Recurso Especial nº 302186-RJ* (11 de Dezembro de 2001). Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7234231/recurso-especial-resp-302186-rj-2001-0010240-9/inteiro-teor-12989985>.

¹⁷⁸ *Acórdão Cível nº 1.0153.06.055779-7/001* (27 de Fevereiro de 2002). Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>.

livremente pactuados pelas partes, não havendo que se falar em excesso de execução a cobrança de tais juros”. (grifo nosso).

Entretanto, a justificativa pautada na analogia, muito embora constituam-se os dois institutos (penhora e alienação fiduciária) como garantias reais, não parece a mais acertada, uma vez que a alienação fiduciária não admite, já de início, a penhora do imóvel para execução da garantia.

5.6.2 Controvérsias jurisprudenciais sobre o tema

Antes de adentrar em qualquer divagação meritória, indaga-se se o contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel não se contrapõe aos preceitos insculpidos na CF/88, que estabelece, como princípios basilares, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e o da proteção da família (art. 226), bem como o da impenhorabilidade do bem de família, esposado no art. 1º da Lei nº 8.009/90.

Diversos doutrinadores e tribunais defendem a impossibilidade de alienação fiduciária em garantia do bem de família, uma vez que caracterizaria negócio jurídico nulo, por violação expressa a texto de lei especial – Lei nº 8.009/90. Nesse sentido, é o que aduz Souza¹⁷⁹:

“I) Primeiramente, necessário frisar que a matéria em análise não se circunscreve à empréstimo contraído pela entidade familiar junto à instituição financeira com o escopo de aquisição de imóvel da família. Tal digressão é importante, considerando que escapa da exceção à impenhorabilidade de que trata o inciso II do art. 3º, da Lei 8.009/90 – (financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel).

II) Na mesma esteira, importante asseverar que também não se trata de hipoteca sobre o imóvel da família, e sim, alienação fiduciária em garantia, a que se refere a Lei 9.514/97. Por esta razão, não se refere à exceção à impenhorabilidade do bem de família positivada no art. 3º, V, da Lei 8.009/90 – (execução de hipoteca sobre o imóvel). Portanto, verifica-se tratar-se de garantia em operação financeira (notadamente mútuo feneratício), inserindo cláusula de alienação fiduciária do imóvel já pertencente à entidade familiar”.

Ademais, seus defensores entendem que a operação bancária, incontestavelmente, viola o texto expresso do art. 1º da Lei nº 8.009/90, que estabelece a impenhorabilidade do bem de família, na medida em que a alienação fiduciária assenta que, em hipótese de inadimplemento da obrigação, haverá a perda do imóvel da família,

¹⁷⁹ Tadeu Trancoso de Souza, *A nulidade da alienação fiduciária em garantia do bem de família*. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47515/a-nulidade-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia-do-bem-de-familia>>.

“procedimento tão somente adquire novo nome, porém, mantém a excussão do patrimônio exclusivo da entidade familiar” (SOUZA)¹⁸⁰.

Nesse passo, o entendimento do TJSP, no Agravo de Instrumento nº 20497270620148260000¹⁸¹, de relatoria do Desembargador Melo Colombi, *in verbis*:

“EMENTA: FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. 1. A Lei 8.009/90 visa proteger o único bem que serve de abrigo à entidade familiar. Mas não proíbe a substituição ou alienação desse bem. 2. Assim, carece de interesse processual o credor para o reconhecimento de que a alienação do bem de família se deu em fraude à execução, uma vez que o decreto de ineficácia da alienação teria o condão exclusivo de fazer com que o bem retornasse à esfera patrimonial do devedor, na mesma condição de impenhorabilidade anterior. Afinal, ainda assim o devedor não poderia perdê-lo por dívida alheia ao imóvel. 3. Recurso provido para afastar o decreto de fraude”.

Outros tribunais regionais igualmente se posicionam no sentido de que a alienação fiduciária de bem de família não deve prevalecer, como garantia contratual que é, nos casos em que o negócio jurídico, consubstanciado em interesses exclusivamente financeiros, violem lei imperativa, a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à moradia. Veja-se a Apelação Cível nº 13366/2014-MT¹⁸², o Agravo de Instrumento nº 0434795-35.2015.8.21.7000-RS¹⁸³ e o Agravo Interno nº 0036615-76.2014.8.09.0032-GO¹⁸⁴:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL RESIDENCIAL. PEDIDO DE NULIDADE E BAIXA. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA RECONHECIDA E DECLARADA A NULIDADE CONSTRIÇÃO. BEM DADO EM GARANTIA DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO POR SOMENTE UM DOS HERDEIROS. FALTA DE ANUÊNCIA DOS DEMAIS. IMÓVEL RESIDENCIA URBANO. ARTS. 1º E 3º, V, DA LEI Nº 8.009/90. RECURSO DESPROVIDO. Em se tratando de bem adquirido através de herança e sendo três os herdeiros, não poderia ter sido alienado por uma única herdeira

¹⁸⁰ Tadeu Trancoso de Souza, *A nulidade da alienação fiduciária em garantia do bem de família*. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47515/a-nulidade-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia-do-bem-de-familia>>.

¹⁸¹ *Agravo de Instrumento nº 20497270620148260000* (16 de Junho de 2014). Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124124235/agravo-de-instrumento-ai-20497270620148260000-sp-2049727-0620148260000>.

¹⁸² *Apelação Cível nº 13366/2014-MT* (3 de Fevereiro de 2015). Disponível em <file:///C:/Users/user/Documents/BEL%20geral/Paolo%20e%20GI%20C3%B3ria/A%20Nulidade%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Fiduci%C3%A1ria%20em%20Garantia%20do%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

¹⁸³ *Agravo de Instrumento nº 0434795-35.2015.8.21.7000-RS* (3 de Março de 2016). Disponível em <file:///C:/Users/user/Documents/BEL%20geral/Paolo%20e%20GI%20C3%B3ria/A%20Nulidade%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Fiduci%C3%A1ria%20em%20Garantia%20do%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

¹⁸⁴ *Agravo Interno nº 0036615-76.2014.8.09.0032-GO* (19 de Dezembro de 2014). Disponível em <file:///C:/Users/user/Documents/BEL%20geral/Paolo%20e%20GI%20C3%B3ria/A%20Nulidade%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Fiduci%C3%A1ria%20em%20Garantia%20do%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

em empréstimo bancário contraído sem o conhecimento dos demais. Dada à difusão da Lei nº 8009/90, como proteção da moradia familiar não poderia o banco réu ao contrair empréstimo acolhendo como garantia, bem destinado a esse fim, de propriedade também de terceiros. **Há que persistir a nulidade declarada da alienação fiduciária do imóvel residencial, por se tratar de bem de família com vários proprietários e, no qual residem.** Frisa-se que a cédula de crédito bancário foi elaborada antes da sentença (fls. 36/37). O imóvel em referência restou destinado aos filhos do casal, na ação de separação movida pela mãe dos apelados, ocorrida em 09/10/2008 e, que coube a Ângela Vieira da Silva Gonçalves (genitora), o usufruto do imóvel, entretanto veio a falecer 18/11/2009, conforme certidão de óbito às fls. 40". (grifo nosso).

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. **Demonstrado que o imóvel penhorado é, de fato, destinado à moradia da entidade familiar, impõe-se o reconhecimento da sua impenhorabilidade,** nos termos do disposto no art. 1º da Lei nº 8.009/90. Agravo de instrumento provido”. (grifo nosso).

“EMENTA: AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DE POSSE. ANULATÓRIA DE PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM DE FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE FATOS SUFICIENTES À REFORMA OU RETRATAÇÃO DA DECISÃO. Na ausência de fundamentos suficientes à retratação ou reforma do ato agravado, o qual negou seguimento ao apelo, por manifestamente improcedente, **e manteve a sentença que declarou a nulidade do pacto adjeto de alienação fiduciária envolvendo bem de família,** mormente, por não contestada essa circunstância, bem como a denúncia de desconhecimento do pacto e suas consequências, por parte da proprietária/recorrida, além de não destinado o empréstimo à sua entidade familiar, impõe-se o improvidamento deste recurso. Agravo interno conhecido e improvido”. (grifo nosso).

Por outro lado, tais argumentos são rechaçados pelas instituições financeiras, as quais afirmam que a alienação fiduciária realizada de forma voluntária pelo ente familiar, acrescentada às oscilações do mercado financeiro, não corromperia de nulidade o negócio jurídico.

São os julgados a seguir esposados – o TJMG, na Apelação Cível nº 10452140021885003¹⁸⁵, de relatoria do desembargador Tiago Pinto, assim se posicionou:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BEM DE FAMÍLIA - INOPOBILIDADE. - A alegação de que o bem de família não pode ser alienado fiduciariamente ofende o princípio da boa-fé, já que foi oferecido voluntariamente, implicando em renúncia à proteção conferida pela lei. - **Não deve ser declarada nula a garantia oferecida como alienação fiduciária de bem ofertado espontaneamente, por alegação de que seria um bem de família**”. (grifo nosso).

É o que também dispõe o TJAP, na Apelação nº 0000288-85.2017.8.03.0003¹⁸⁶, de relatoria do desembargador Carmo Antônio, *in verbis*:

¹⁸⁵ *Apelação Cível nº 10452140021885003* (15 de Julho de 2016). Disponível em <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/362102628/apelacao-civel-ac-10452140021885003-mg/inteiro-teor-362102678>.

¹⁸⁶ *Apelação nº 0000288-85.2017.8.03.0003* (7 de Julho de 2020). Disponível em <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887037294/apelacao-apl-2888520178030003-ap/inteiro-teor-887037298>.

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE MÚTUO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. 1) Reconhece-se a impenhorabilidade do bem de família quando este for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar. 2) Excepcionalmente, **é penhorável o bem de família no caso de os únicos sócios da empresa devedora serem também os titulares do imóvel hipotecado, cabendo a estes o ônus de demonstrar que a família não se beneficiou dos valores auferidos.** 3) Recurso provido. (grifo nosso).

Já o TJ de Goiás e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região adotaram o seguinte entendimento, no Agravo de Instrumento nº 0539767-47.2018.8.09.0000¹⁸⁷ e Apelação Cível nº 504277066.2013.404.7000¹⁸⁸, respectivamente:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENHORA DE DIREITOS ORIUNDOS DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE.

A proteção conferida ao imóvel residencial próprio constante no artigo 1º da Lei nº 8.009/90 não obsta a penhora sobre direitos da parte executada relativos ao contrato de alienação fiduciária do imóvel, a qual incide apenas sobre eventual crédito remanescente, proveniente da alienação do imóvel a terceiros pelo credor fiduciário, na hipótese de a dívida garantida pelo bem não vir a ser integralmente quitada. Recurso conhecido e desprovido”. (grifo nosso).

“EMENTA: MÚTUO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPENHORABILIDADE. AFASTADA.

1. A circunstância de se tratar de contrato de adesão não acarreta, por si só, a nulidade de suas cláusulas, sem que haja inequívoca demonstração de contrariedade à legislação e regência. 2. **A extensão documentação exigida pela ré com relação ao imóvel dado em garantia (certidão negativa de IPTU, certidão de inteiro teor e matrícula do imóvel e negativa de ônus do imóvel) se mostra capaz de suprir qualquer dúvida a respeito da inclusão de ônus real sobre o bem apresentado.** Afastada a impenhorabilidade do imóvel garantidor da dívida”. (grifo nosso).

Por fim, o próprio STJ já reconheceu a regularidade da alienação fiduciária de tal bem, principalmente nos casos em que se comprova a violação ao princípio da boa-fé objetiva dos negócios jurídicos bilaterais, como no Recurso Especial nº 1.677.015/SP¹⁸⁹:

“EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. CONTRATO DE FACTORING. NULIDADE. QUESTÃO PRECLUSA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA.

¹⁸⁷ *Agravo de Instrumento nº 0539767-47.2018.8.09.0000* (28 de Março de 2019). Disponível em <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712804383/agravo-de-instrumento-cpc-ai-5397674720188090000>.

¹⁸⁸ *Apelação Cível nº 504277066.2013.404.7000* (25 de Fevereiro de 2015). Disponível em <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424266377/apelacao-civel-ac-50427706620134047000-pr-5042770-6620134047000>.

¹⁸⁹ *Recurso Especial nº 1.677.015/SP* (28 de Agosto de 2018). Disponível em <file:///C:/Users/user/Downloads/stj-reconhece-regularidade-de-af-de-bem-de-familia.pdf>.

POSSIBILIDADE. CONDOTA QUE FERRE A ÉTICA E A BOA-FÉ. 1. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual, em razão de contrato de fomento mercantil firmado entre as partes. 2. O propósito recursal é, a par da análise da ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, definir se é nulo o contrato de fomento mercantil firmado entre as partes, bem ainda se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 3. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial. 4. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 5. Apenas em sede de recurso especial a recorrente vem defender a inexistência de nulidade do instrumento celebrado entre as partes, mostrando-se inviável a sua análise, ante a inegável ocorrência da preclusão. 6. A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais. 7. Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnando pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório). 8. Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais. 9. Na hipótese dos autos, não há qualquer alegação por parte dos recorridos de que houve vício de vontade no oferecimento do imóvel em garantia, motivo pelo qual não se pode extrair a sua invalidade. 10. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário. 11. Não se pode concluir que o bem de família legal seja inalienável e, por conseguinte, que não possa ser alienado fiduciariamente por seu proprietário, se assim for de sua vontade, nos termos do art. 22 da Lei 9.514/97. 12. Reconhecida, na espécie, a validade da cláusula que prevê a alienação fiduciária do bem de família, há que se admitir que o imóvel, após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, seja vendido, nos termos do art. 27 da já referida lei. 13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido”.

Como se observa, os entendimentos favoráveis ofendem os preceitos normativos constitucionais, no direito brasileiro, bem como resta incontestável os conflitos existentes nas legislações infraconstitucionais em relação ao tema em voga.

5.6.3 Posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

A regra da impenhorabilidade do bem de família insculpida na Lei nº 8.009/1990 abrange os bens imóveis em fase de aquisição, aqueles com compromisso de compra e venda ou os financiados para fins de moradia, sob pena de tolher que o devedor adquira o bem imprescindível à habitação do seu núcleo familiar.

Com base nesses argumentos, a 3ª Turma do STJ julgou o Recurso Especial nº 1.677.079 - SP¹⁹⁰, cuja origem adveio de uma exceção de pré-executividade apresentada sob a alegação de ilegitimidade ativa da parte para a promoção da execução dos títulos, além da impossibilidade de penhora dos direitos sobre bem de família.

O pedido foi julgado improcedente pelo juiz de primeiro grau, que entendeu ser possível a penhora de bem imóvel dado em alienação fiduciária, uma vez que, se o próprio devedor nomeou o imóvel para garantir a obrigação assumida, não poderia ele considerá-lo impenhorável.

Por seu turno, o TJSP manteve a decisão do juízo *a quo*, concluindo que a penhora não foi realizada sobre a propriedade do imóvel, mas tão somente sobre os direitos obrigacionais que o devedor fiduciante possuía em relação a ele, assegurando-se ao credor fiduciário o domínio do bem.

Pois bem.

O relator do recurso especial, o Ministro Villas Bôas Cueva, registrou a jurisprudência do STJ no sentido de não ser possível a penhora do bem alienado fiduciariamente em execução promovida pelo credor fiduciário:

“[...] a hipótese dos autos distingue-se dos casos já apreciados por esta Corte Superior porque está fundada na possibilidade, ou não, de estender eventual proteção dada ao bem de família legal sobre o direito que o devedor fiduciante tem sobre o imóvel alienado fiduciariamente e utilizado para sua moradia”.

O ministro destacou que, para a aplicação da regra de impenhorabilidade do bem de família, exige-se, em regra, que a propriedade pertença ao casal ou à entidade familiar, uma vez que a Lei 8.009/1990 utiliza o termo “imóvel residencial próprio”. Consequentemente, se o imóvel submetido à constrição é de titularidade de terceiro não integrante do grupo familiar, não poderia ser invocada, em tese, a referida proteção legal.

De acordo ainda com Villas Bôas Cueva, o conceito que melhor se adequa à locução “imóvel residencial próprio” é aquele que engloba também a posse advinda de contrato celebrado com o fito de transmissão da propriedade, a exemplo do compromisso de compra e venda ou do financiamento de imóvel para fins de moradia.

São os dizeres do Ministro, *in verbis*:

¹⁹⁰ *Recurso Especial nº 1.677.079- SP* (25 de Setembro de 2018). Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/632913056/recurso-especial-resp-1677079-sp-2017-0026538-5/inteiro-teor-632913066>.

“No caso, trata-se de contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual, havendo a quitação integral da dívida, o devedor fiduciante consolidará a propriedade para si (artigo 25, caput, da Lei 9.514/97). Assim, havendo a expectativa da aquisição do domínio, deve prevalecer a regra de impenhorabilidade”.

Abaixo, a ementa do jugado:

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BEM IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. BEM DE FAMÍLIA LEGAL. LEI Nº 8.009/1990.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se os direitos (posse) do devedor fiduciante sobre o imóvel objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia podem receber a proteção da impenhorabilidade do bem de família legal (Lei nº 8.009/1990) em execução de título extrajudicial (cheques).

3. Não se admite a penhora do bem alienado fiduciariamente em execução promovida por terceiros contra o devedor fiduciante, haja vista que o patrimônio pertence ao credor fiduciário, permitindo-se, contudo, a constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária. Precedentes.

4. A regra da impenhorabilidade do bem de família legal também abrange o imóvel em fase de aquisição, como aqueles decorrentes da celebração do compromisso de compra e venda ou do financiamento de imóvel para fins de moradia, sob pena de impedir que o devedor (executado) adquira o bem necessário à habitação da entidade familiar.

5. Na hipótese, tratando-se de contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual, havendo a quitação integral da dívida, o devedor fiduciante consolidará a propriedade para si, deve prevalecer a regra de impenhorabilidade.

6. Recurso especial provido”.

Por todo o exposto ao longo deste trabalho, é inegável a violação à lei imperativa, por parte do negócio jurídico, no tocante à alienação fiduciária em garantia envolvendo o bem de família. Além do mais, ante a expressa proteção legal conferida pela Lei nº 8.009/1990, qualquer negócio jurídico em sentido contrário, que possua a finalidade de burlar a proteção normativa conferida ao referido bem, iniqua de nulidade a declaração de vontade emanada no contrato celebrado entre o devedor fiduciante e o credor fiduciário.

6 DIREITO COMPARADO

6.1 As hipóteses de impenhorabilidade de bens no Direito Português

Nos termos do art. 735, nº 1 do Código de Processo Civil português, “estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda”.

Já o art. 601º do Cciv estabelece que a garantia das obrigações é constituída por todos os bens do devedor suscetíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em virtude da separação de patrimónios. Todavia, a penhora deve se limitar aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e às despesas previstas com a execução (art. 735, nº 3 do CPC).

Desse modo, segundo o art. 752º, nº 1 do CPC, “executando-se dívida com garantia real que onere bens pertencentes ao devedor, a penhora inicia-se pelos bens sobre que incida a garantia e só pode recair noutros quando se reconheça a insuficiência deles para conseguir o fim da execução”.

A penhora deve ser realizada, inicialmente, quanto aos bens de mais fácil constrição e os quais se mostrem mais bem adequados ao valor do crédito exequendo, conforme ordem de penhora indicada no art. 751, nº 1 do código de processo civil. Já o nº 3 do referido artigo dispõe que:

“Ainda que não se adegue, por excesso, ao montante do crédito exequendo, é admissível a penhora de bens imóveis que não sejam a habitação própria permanente do executado, ou de estabelecimento comercial, desde que a penhora de outros bens presumivelmente não permita a satisfação integral do credor no prazo de seis meses”.

Conforme acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido no processo nº 1920/14.OYYLSB-A.L1-7¹⁹¹, tratando-se de habitação própria permanente, a penhora realizada no imóvel será considerada excessiva e desproporcional quando o crédito exequendo se encontre satisfeito pela penhora no vencimento do executado.

Porém, não obstante todos os bens do devedor estarem sujeitos à execução, nem todos eles são passíveis de penhora. Estar-se-á diante de bens objetivamente

¹⁹¹ *Acórdão nº 1920/14.OYYLSB-A.L1-7* (18 de Junho de 2019). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a8bd9e1a899a7f03802584460048281a?OpenDocument>.

indisponíveis, os quais a lei assim o determina, sendo ineficaz a constrição de um bem o qual não poderá ser transmitido futuramente.

É o que leciona Freitas¹⁹²:

“A impenhorabilidade não resulta apenas da indisponibilidade (objetiva ou subjetiva) de certos bens ou de convenções negociais que especificamente a estipulem. Resulta também da consideração de certos interesses gerais, de interesses vitais do executado ou de interesses de terceiro que o sistema jurídico entende deverem-se sobrepor aos do credor exequente”.

A impenhorabilidade poderá ser: (i) absoluta ou total, quando, independentemente da dívida exequenda, os bens não podem, em sua totalidade, serem penhorados; (ii) relativa, quando tão somente em determinadas situações ou para pagamento de certas dívidas os bens poderão ser penhorados, e (iii) parcial, quando os bens apenas podem ser penhorados em certa parte.

Assim, conforme leitura do art. 736º do CPC, são absolutamente impenhoráveis, além dos bens isentos de penhora por disposição especial:

- a) As coisas ou direitos inalienáveis;
- b) Os bens do domínio público do Estado e das restantes pessoas coletivas públicas;
- c) Os objetos cuja apreensão seja ofensiva dos bons costumes ou careça de justificação económica, pelo seu diminuto valor venal;
- d) Os objetos especialmente destinados ao exercício de culto público;
- e) Os túmulos;
- f) Os instrumentos e os objetos indispensáveis aos deficientes e ao tratamento de doentes.
- g) Os animais de companhia”.

No que tange aos bens realtivamente impenhoráveis e, nos ditames do art. 737º, nº 1 do CPC, ressalvadas as execuções para pagamento de dívida com garantia real, estão isentos de penhora os bens do Estado e das pessoas coletivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas coletivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afetados à realização de fins de utilidade pública, bem como os instrumentos de trabalhos e os objetos indispensáveis ao exercício da atividade ou formação profissional do executado, exceto em determinadas situações (nº 2 do art. 737º do CPC).

Nos dizeres de Freitas¹⁹³, por “razões de interesses vitais do executado”, consideram-se impenhoráveis aqueles “bens que asseguram ao agregado familiar um mínimo de condições de vida”, quer dizer, bens que são primordiais para a economia doméstica e que se encontrem na casa de morada de família do executado.

¹⁹² José Lebre de Freitas, *A Ação Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013* (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 246.

¹⁹³ José Lebre de Freitas, *A Ação Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013* (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 248.

Excepcionalmente, podem ser penhorados aqueles bens que tratem de execução destinada ao pagamento do preço da respectiva aquisição ou do custo da sua reparação (art. 737º, nº 3 do CPC).

6.2 Bens suscetíveis de penhora

Nos termos do art. 601º do Cciv, o princípio geral das obrigações estabelece, em regra, que, todos os bens do devedor são passíveis de penhora, independentemente do regime adotado como consequência da separação de patrimônios, à exceção daqueles bens inalienáveis e dos quais a lei declare a sua impenhorabilidade¹⁹⁴.

Essa idiossincrasia dos bens do devedor de, na grande maioria das vezes, poderem ser apreendidos e sujeitos à execução para satisfazer o crédito do exequente, consagra a responsabilidade patrimonial. No caso de descumprimento, “servirá como fundamento para toda a execução por equivalente”, adverte Sampaio¹⁹⁵.

Com relação aos bens de terceiro, o ordenamento jurídico português admite a possibilidade de penhora em apenas duas hipóteses. A primeira, quando sobre esses bens recaia um direito real que garanta o crédito exequendo, conforme o art. 54º, nº 2 do CPC¹⁹⁶.

A segunda hipótese ocorre quando a impugnação julga procedente que um terceiro restitua os bens ao credor, aplicando-se, por analogia, o dispositivo legal retro. Todavia, para que esses bens sejam suscetíveis de penhora, é imprescindível que o terceiro seja incluído como executado no processo executório¹⁹⁷. Desse modo, nos casos em que os bens garantidos pertençam a terceiro, o exequente poderá, de imediato, sendo o bem suficiente, demandar somente contra este ou optar por pleitear a execução contra ambos (devedor principal e terceiro), em litisconsórcio voluntário¹⁹⁸.

¹⁹⁴ José Lebre de Freitas, *A Ação Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013* (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 43.

¹⁹⁵ J. M. Gonçalves Sampaio, *A Ação Executiva e a problemática das Execuções Injustas* (Almedina: Almedina, 2008), 203.

¹⁹⁶ Artigo 54º. Desvios à regra geral da determinação da legitimidade.

[...]

2 - A execução por dívida provida de garantia real sobre bens de terceiro segue diretamente contra este se o exequente pretender fazer valer a garantia, sem prejuízo de poder desde logo ser também demandado o devedor.

¹⁹⁷ Inês da Mota Santos, *A (Im)penhorabilidade da Casa de Morada de Família*. Disponível em:

<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85886/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20A%20%28Im%29penhorabilidade%20da%20Casa%20de%20Morada%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

¹⁹⁸ José Lebre de Freitas, *A Ação Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013* (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 148.

Porém, convém ressaltar que a lei impõe limitações à penhora dos bens do devedor, como se atesta no art. 735º, nº 3 do CPC: “A penhora limita-se aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução, [...]”. Assim, quando a dívida executada estiver assegurada por uma garantia real, dispõe o art. 752º, nº 1 do diploma processual que a penhora deve ser iniciada “pelos bens sobre que incida a garantia e só pode recair noutros quando se reconheça a insuficiência deles para conseguir o fim da execução”.

Certo é que, no processo de execução, sempre que possível, o exequente deverá identificar as partes, “indicando os seus nomes, domicílios ou sedes e números de identificação fiscal, [...], profissões, locais de trabalho, filiação e números de identificação civil, nos termos do art. 724¹⁹⁹, nº 1 do CPC.

Santos²⁰⁰ bem assevera que o exequente, caso assim queira, poderá indicar os bens que pretenda ser penhorados, não estando o agente de execução obrigado a penhorar tais bens, devendo, contudo, respeitar essa indicação. Tal somente não ocorrerá quando a penhora realizada violar norma legal imperativa, ofender o princípio da proporcionalidade ou infringir manifestamente a regra de prioridade de penhora dos bens de mais fácil realização e adequados ao montante do crédito do exequente (art. 751º, nº 2 do CPC).

Como será visto a seguir, a casa de morada de família integra o rol dos bens suscetíveis de penhora. Entretanto, devido às consequências severas que ocasiona ao núcleo familiar do devedor, o legislador adotou algumas limitações à sua penhora.

¹⁹⁹ 1 - No requerimento executivo, dirigido ao tribunal de execução, o exequente:

- a) Identifica as partes, indicando os seus nomes, domicílios ou sedes e números de identificação fiscal, e, sempre que possível, profissões, locais de trabalho, filiação e números de identificação civil;
- b) Indica o domicílio profissional do mandatário judicial;
- c) Designa o agente de execução ou requer a realização das diligências executivas por oficial de justiça, nos termos das alíneas c), e) e f) do n.º 1 do artigo 722.º;
- d) Indica o fim da execução e a forma do processo;
- e) Expõe sucintamente os factos que fundamentam o pedido, quando não constem do título executivo, podendo ainda alegar os factos que fundamentam a comunicabilidade da dívida constante de título assinado apenas por um dos cônjuges;
- f) Formula o pedido;
- g) Declara o valor da causa;
- h) Liquida a obrigação e escolhe a prestação, quando tal lhe caiba, e alega a verificação da condição suspensiva, a realização ou o oferecimento da prestação de que depende a exigibilidade do crédito exequendo, indicando ou juntando os meios de prova;
- i) Indica, sempre que possível, o empregador do executado, as contas bancárias de que este seja titular e os bens que lhe pertençam, bem como os ónus e encargos que sobre eles incidam;
- j) Requer a dispensa da citação prévia, nos termos do artigo 727.º;
- k) Indica um número de identificação bancária, ou outro número equivalente, para efeito de pagamento dos valores que lhe sejam devidos.

²⁰⁰ Inês da Mota Santos, *A (Im)penhorabilidade da Casa de Morada de Família*. Disponível em:

<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85886/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20A%20%28Im%29penhorabilidade%20da%20Casa%20de%20Morada%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

6.3 A penhora da casa de morada de família

Em Portugal, contrariamente ao que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, como demonstrado em tópico anterior, a casa de morada de família não se encontra protegida contra o ato de penhora, não tendo o legislador a consagrado no elenco dos bens impenhoráveis.

A família, por ser um elemento essencial da sociedade, é merecedora de um conjunto de normas, as quais objetivam a sua proteção. Assim como no Brasil, a CRP, em seu art. 67º, confere especial atenção à família, garantindo-lhe proteção pelo Estado e pela sociedade, bem como a efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal de seus integrantes.

Por outro lado, apesar de o legislador português estar ciente da relevância que deve ser atribuída ao direito à habitação, não deixou de estabelecer a penhorabilidade da casa de morada de família, porquanto, pelo fato de haver uma penhora, por si só, não privar a habitação do indivíduo de residir na casa penhorada, após a sua venda, esse sujeito, bem como os outros membros familiares, devem, obrigatoriamente, sair da casa de morada.

De acordo com Souza e Barbosa²⁰¹, *in verbis*:

“O legislador constituinte não teria, assim, à luz da doutrina e jurisprudência portuguesas, querido assegurar aos cidadãos portugueses a manutenção de casa própria em detrimento dos interesses dos seus credores, incluindo os interesses do credor tributário, que corporizam o interesse público, que se sobrepõe aos interesses individuais”.

Conforme se verifica, não existe qualquer impedimento legal no que respeita à proteção da casa de morada de família no direito português, no entanto, o legislador, atendendo à importância que esta detém, consagrou alguns entendimentos quanto à sua penhora, notadamente no que respeita à intervenção do cônjuge do executado. Há de se frisar que, diversamente da legislação brasileira, que consagra a união estável como entidade familiar, em Portugal, a união de facto é concebida como uma entidade “parafamiliar”, não recebendo o *status* de família pela legislador constituinte. Daí porque se refere a legislação apenas ao cônjuge do devedor.

Pois bem.

²⁰¹ Elaine Gonçalves Weiss de Souza; Andreia Isabel Dias Barbosa, *O processo de execução fiscal no Brasil e em Portugal – uma análise sobre a penhora do bem/da casa de morada da família, frente à defesa da meação*. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10149>.

No que tange aos atos de disposição de certos bens ou direitos, a lei estabelece restrições, objetivando, sobretudo, nas lições de Cid²⁰²:

“Impedir que um cônjuge com plena capacidade [...] para o exercício de direitos, possa, por si só, decidir e realizar aquilo que, de acordo com o esquema patrimonial escolhido, estipulável ou imperativamente aplicável, e/ou para salvaguarda da estabilidade e unidade da família, pressupõe o consentimento de ambos”

Prossegue o autor²⁰³ supramencionado afirmando o seguinte:

“Se os cônjuges são hoje ambos titulares, intérpretes e garantes do interesse familiar – que lhes incumbe prosseguir e salvaguardar –, natural é, portanto, que ambos sejam chamados a intervir sempre que esse interesse seja, ou possa vir a ser posto em causa, e isto tanto em sede de direito substantivo como processual”.

Destarte, nos processos executivos, o cônjuge do executado será sempre chamado a se manifestar nos autos quando a penhora recair sobre bem comum do casal. Igualmente o será quando a penhora incidir sobre “bem imóvel ou estabelecimento comercial que o executado não pode dispor livremente, ainda que incida sobre bem próprio do cônjuge executado”²⁰⁴.

Nesse sentido, asseveram Ribeiro e Rebelo²⁰⁵ que a penhora somente poderá recair sobre os bens comuns do casal, nas hipóteses em que os cônjuges sejam casados no regime da comunhão de adquiridos ou da comunhão geral.

Ato contínuo, o art. 740º, nº 1 do CPC preconiza que:

“Quando, em execução movida contra um só dos cônjuges, forem penhorados bens comuns do casal, por não se conhecerem bens suficientes próprios do executado, é o cônjuge do executado citado para, no prazo de 20 dias, requerer a separação de bens ou juntar certidão comprovativa da pendência de ação em que a separação já tenha sido requerida, sob pena de a execução prosseguir sobre os bens comuns”.

Por seu turno, o nº 1 do art. 34º do CPC estabelece que, incidindo a penhora sobre bens que não podem ser dispostos livremente, as ações de que possa resultar a perda ou a oneração de tais bens, os quais só por ambos os cônjuges possam ser alienados ou que acarretem a perda de direitos, devem ser propostas pelo casal, ou por um deles com consentimento do outro, incluindo as ações que tenham por objeto, direta ou indiretamente, a casa de morada de família.

²⁰² Nuno de Salter Cid, *A Proteção da Casa de Morada de Família* (Coimbra: Almedina, 1996), 246.

²⁰³ Nuno de Salter Cid, *A Proteção da Casa de Morada de Família* (Coimbra: Almedina, 1996), 249.

²⁰⁴ José Lebre de Freitas, *A Ação Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013* (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 351.

²⁰⁵ Sérgio Rebelo; Virgínio da Costa Ribeiro, *A Ação Executiva Anotada e Comentada* (Coimbra: Almedina, 2016), 255.

Assim sendo, nos processos executórios, quando a penhora incidir sobre bens imóveis, o cônjuge do executado deverá ser sempre citado nos casos em que a constrição recair sobre a casa de morada de família, ainda que este bem seja bem próprio do cônjuge devedor (art. 786º, nº 1, alínea a) do CPC).

Após a sua citação, ao cônjuge do executado é admitido deduzir, no prazo de 20 dias, “oposição à penhora e a exercer, nas fases da execução posteriores à sua citação, todos os direitos que a lei processual confere ao executado” [...], nos termos do art. 787º, nº 1 do CPC.

Além do mais, com o intuito de conferir maior proteção à casa de morada de família, o legislador consagrou uma série de requisitos que restringem a penhora deste bem. Desde logo, pelo disposto nas alíneas a) e b), do nº 4, do art. 751º do CPC, somente será cabível a penhora do imóvel destinado a habitação própria permanente do executado, nos seguintes casos: (i) quando, em execução de valor igual ou inferior ao dobro do valor da alçada do tribunal de 1.ª instância, a penhora de outros bens não permitir a satisfação integral do credor no prazo de 30 meses; (ii) ou quando, em execução de valor superior ao dobro do valor da alçada do tribunal de 1.ª instância, a penhora de outros bens não permitir a satisfação integral do credor no prazo de 12 meses.

Outra especificidade da penhora da casa de morada de família é que, nos casos em que imóvel penhorado constitua habitação própria permanente do executado, este será constituído fiel depositário do bem penhorado, independentemente do consentimento do exequente, como se ajuíza do artº 756.º, nº 1, alínea a) do CPC.

Por fim, de modo a assegurar e proteger o patrimônio do grupo familiar do executado, a saber, a casa de morada de família, será facultado ao cônjuge e aos descendentes ou ascendentes do devedor, “o direito de remir todos os bens adjudicados ou vendidos, ou parte deles, pelo preço por que tiver sido feita a adjudicação ou a venda”, nos termos do art. 842 do diploma processual civil.

Santos²⁰⁶ faz uma importante observação ao aduzir que:

“Quando em causa esteja a penhora da casa de morada de família e se mostre, através de atestado médico, que a diligência poderá colocar em risco a vida da pessoa que se encontra no local, por razões de doença grave, o agente de execução deve proceder à suspensão das diligências executórias. Nestes casos, cabe ao juiz de execução decidir, num prazo de cinco dias, se mantém a execução suspensa ou se, por outro lado, deve ordenar o seu levantamento e a imediata prossecução dos autos”.

²⁰⁶ Inês da Mota Santos, *A (Im)penhorabilidade da Casa de Morada de Família*. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85886/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20A%20%28Im%29penhorabilidade%20da%20Casa%20de%20Morada%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

Como se pode concluir, apesar de não ter sido incluída, pelo legislador, no rol de bens impenhoráveis, a casa de morada de família detém uma maior proteção com relação aos demais imóveis penhorados.

Posição contrária é a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual instituiu a impenhorabilidade do bem de família com fundamento na proteção do direito à habitação e da dignidade da pessoa humana.

6.4 O caso especial da Execução Fiscal: a alteração introduzida pela Lei 13/2016, de 23 de maio

Com a entrada em vigor da Lei nº 13/2016, de 23 de maio, que modificou o Código do Procedimento e Processo Tributário (CPPT) e a Lei Geral Tributária (LGT), a casa de morada de família passou a ter limitações quanto à sua alienação judicial nos processos de execução fiscal.

É o que dispõe seu art. 1º: “A presente lei protege a casa de morada de família no âmbito de processos de execução fiscal, estabelecendo restrições à venda executiva de imóvel que seja habitação própria e permanente do executado”.

Ainda, segundo o art. 5º da lei em comento, as alterações introduzidas por tal legislação têm aplicação imediata em todos os processos de execução fiscal ativos a partir da data da sua entrada em vigor.

Nas palavras de Santos²⁰⁷, *in verbis*:

“Essencialmente, visou-se proteger o direito fundamental consagrado na Constituição, como é, o direito à habitação. Como tal, impediu-se que o executado e a sua família se vissem privados da sua casa de morada de família, na maioria das vezes, por dívidas fiscais de valores baixíssimos”.

Da nova redação conferida ao art. 244º, nº 2 do CPPT, o legislador estabeleceu que não “há lugar à realização da venda do imóvel destinado exclusivamente a habitação própria e permanente do devedor ou do seu agregado familiar, quando o mesmo esteja efetivamente afeto a esse fim”. Sendo assim, apesar de a casa de morada de família do executado ser considerada um bem penhorável, no que tange aos processos de execução fiscal, a autoridade tributária está impedida de promover a venda judicial desse imóvel.

²⁰⁷ Inês da Mota Santos, *A (Im)penhorabilidade da Casa de Morada de Família*. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85886/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20A%20%28Im%29penhorabilidade%20da%20Casa%20de%20Morada%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

Entretanto, esse impedimento legal à realização da venda judicial não é absoluto, como se verifica do nº 3 do dispositivo legal acima mencionado, em que são apresentadas exceções quando ao referido impedimento, ou seja, quando o valor tributável do imóvel se enquadrar no momento da penhora, na taxa máxima prevista para a aquisição do prédio urbano ou de fração autônoma de prédio urbano destinado exclusivamente a habitação própria e permanente, em sede de imposto sobre as transmissões onerosas de imóveis, poderá ocorrer a alienação desse bem.

Além do mais, o impedimento legal à realização da alienação de imóvel afeto à habitação própria e permanente poderá cessar a qualquer momento, a requerimento do executado, de acordo com o nº 6 do art.º 244º do CPPT, bem como quando o devedor/executado autorizar a realização da venda.

Também não constitui óbice à venda judicial quando, na pendência do processo de execução fiscal, o imóvel deixar de estar destinado à habitação própria e permanente do executado e do respectivo grupo familiar.

Nas lições de Carvalho²⁰⁸:

“De acordo com o art.º 1.º da Lei n.º 13/2016, este diploma protege a casa de morada de família, proibindo a venda deste imóvel em processo de execução fiscal, independentemente do valor e da origem da dívida fiscal.

No entanto, a solução legislativa não é indiferente ao compromisso entre a salvaguarda do direito à habitação e a necessidade de acautelar os direitos de crédito do Estado. Este equilíbrio é alcançado da seguinte forma: é permitida a penhora da casa de morada de família, mas o Estado fica impedido de proceder à venda do imóvel no âmbito da execução por si instaurada. A penhora não é proibida; o que é proibido é a venda”.

Por outro lado, ainda que a venda judicial seja autorizada, o legislador estabelece que ela somente poderá ocorrer um ano após o termo do prazo de pagamento voluntário da dívida mais antiga (nº 4 do art. 244º do CPPT). Nesses casos, o executado “é constituído depositário do bem, não havendo obrigação de entrega do imóvel até que a sua venda seja concretizada nos termos em que é legalmente admissível”, nos termos do art. 4º da Lei nº 13/2016.

Igualmente, o Estado não terá o seu direito de crédito reduzido, uma vez que o art. 49.º, nº 4, alínea d) da LGT estabeleceu a suspensão do prazo de prescrição durante o período de impedimento legal à realização da venda de imóvel afeto a habitação própria e permanente.

²⁰⁸ J. H. Delgado de Carvalho, *As alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2016, de 23/5, no Código de Procedimento e de Processo Tributário e na Lei Geral Tributária e as suas repercussões no concurso de credores.* Disponível em https://drive.google.com/file/d/0B_2uiKt1Gu35SFZOM1hHSWFxZTQ/view.

Denota-se que a Lei nº 13/2016 buscou proteger a casa de morada de família do executado que, se assim não fosse, por se encontrar penhorada, seria objeto de venda judicial para satisfação dos créditos do exequente.

No entanto, a proteção conferida por ela, como já dito, não é absoluta. Tal salvaguarda não se estende à situação em que haja concurso de credores, como se observa no art. 794º, nº 1 do CPC: “pendendo mais de uma execução sobre os mesmos bens, o agente de execução susta quanto a estes a execução em que a penhora tiver sido posterior, podendo o exequente reclamar o respetivo crédito no processo em que a penhora seja mais antiga”.

Do igual modo, estatui o art.º 822º, nº 1 do Cciv, que: “salvo nos casos especialmente previstos na lei, o exequente adquire pela penhora o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior”.

Por todo o exposto, verifica-se que o âmbito de aplicação da Lei nº 13/2016, de 23 de maio é bastante restrito, vez que a casa de morada de família ainda encontra exceções quanto à possibilidade de sua venda judicial, não abarcando a sua proteção, como demonstrado acima, àquelas situações em que haja concurso de credores, dentre outras.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se, com o presente trabalho, apresentar os principais aspectos da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, fazendo uma análise comparativa com institutos afins do direito estrangeiro e do direito brasileiro.

Para tanto, iniciou-se essa pesquisa apresentando o contexto histórico do bem de família no mundo, no Brasil, e, no direito comparado, foi apresentada a definição da casa de morada de família, conceito trazido por Portugal.

A abordagem histórica verificou a evolução dos negócios fiduciários, desde a sua origem no direito romano, quando primordialmente alicerçados na confiança, até a sua utilização em grande escala negocial, com especial enfoque para o patrimônio de afetação, advindo do *trust* anglo-saxônico e adotado, nos últimos anos, por diversos países ao longo do globo, ressaltado-se as recentes legislações europeias, as quais têm proporcionado longos debates doutrinários sobre a possibilidade de desmembramento patrimonial e do largo uso dos negócios fiduciários inseridos naqueles ordenamentos jurídicos, em razão dos princípios de direitos reais, dentre eles, o da unicidade da propriedade, da responsabilidade patrimonial para atender aos interesses dos credores, dentre outros.

O estudo dos direitos reais de garantia tradicionais também são importantes para constatar a necessidade de criação da garantia fiduciária, primeiramente, de bens móveis e, a seguir, de bem imóveis, para o desenvolvimento das relações comerciais de massa. Tal instituto garantiu uma maior segurança para o credor e uma maior celeridade no retorno do valor investido.

Conceituada a alienação fiduciária e detalhados seus principais elementos característicos, tencionou-se apresentar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais brasileiros, desde a criação pela Lei nº 9.514/97, da nova modalidade contratual da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, bem como do novo direito real de garantia, a saber, a propriedade fiduciária.

Diante do trabalho realizado, permitiu-se constatar a singularidade da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel criada no Brasil, que não encontra correspondência em outros nos ordenamentos jurídicos. A título de interesse, o instituto foi sugerido, inclusive, por alguns autores portugueses, a fim de que seja adotado no referido país.

Do exame das questões controvertidas apresentadas no presente trabalho, analisou-se se o instituto da alienação fiduciária não viola princípios da Constituição

Federal de 1988, tais como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e o da proteção da família (art. 226), bem como o da impenhorabilidade do bem de família.

Esta pesquisa chegou à conclusão que, o instituto da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, introduzida em no ordenamento jurídico brasileiro em 1997, vem suprindo com êxito a lacuna deixada pelo desuso da garantia hipotecária, sem colidir, em regra, com preceitos constitucionais, mostrando-se de grande utilidade para o desenvolvimento do setor imobiliário.

Por outro lado, relativamente à (im)possibilidade de alienação fiduciária em bem imóvel de família, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não ser possível a aplicação do referido, ainda que o imóvel submetido à constrição seja de titularidade de terceiro não integrante do grupo familiar.

Seguindo ainda a linha do direito comparado, comprovou-se que o ordenamento jurídico português não consagra a casa de morada de família como um bem impenhorável, apesar de que, com a entrada em vigor da Lei nº 13/2016, ela visou a proteção desse imóvel, no âmbito da execução fiscal, estabelecendo restrições à venda executiva dos imóveis que fossem destinadas à habitação própria e permanente dos executados.

O que se constata é que, não obstante a instauração de medidas com o fim de proteger a casa de morada de família, a perda da habitação continua a ser uma realidade para muitas famílias portuguesas, o que em muito difere da legislação brasileira, que confere ao bem de família a condição de bem impenhorável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis: doutrina, pareceres, jurisprudência e legislação*. 2.ed., rev. e atual. Araras: Bestbook, 2001.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha Ocidental*. [consult. 2 Mar. 2021]. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Vol. I.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BESSONE, Darcy. *Da compra e venda, promessa, reserva de domínio & alienação em garantia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1981.

BONI, Gabriela. *Propriedade fiduciária no Direito brasileiro*. [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em: <<https://jus.com.br/1190787-gabriela-boni/publicacoes/1>>.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1964.

BUREAU, Bureau. *Le Homestead ou L'insaisissabilité de la petit propriété foncière*. Paris, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Vol. I.

CARVALHO, Maria Serina Areias de. *Propriedade fiduciária: bens móveis e imóveis* [consult. 20 Mar. 2021]. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16112011-162843/pt-br.php>.

CARVALHO, J. H. Delgado de. *As alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2016, de 23/5, no Código de Procedimento e de Processo Tributário e na Lei Geral Tributária e as suas repercussões no concurso de credores*. [consult. 10 jul. 2021]. Disponível em https://drive.google.com/file/d/0B_2uiKt1Gu35SFZOM1hHSWFxZTQ/view.

CID, Nuno de Salter. *A Proteção da Casa de Morada de Família*. Coimbra: Almedina, 1996.

- CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- COELHO, Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1924.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. I.
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- COSTA, Judith H. Martins. *Os negócios fiduciários. Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no direito brasileiro*. São Paulo: RT 657, jul. 1990.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. 10. ed. Tradução e glossário de Fernando de Aguiar. Lisboa: LCE, sem ano.
- CURA, António Alberto Vieira. Fiducia cum creditore. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (suplemento)*, n. 34, Coimbra, 1991.
- DAL PONT, Lucia. *A função do registrador na alienação fiduciária de imóveis*. Campinas: Russel, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 24, n. 51. São Paulo: RT, jul.-dez. 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 4.
- ESPÍNOLA, Eduardo Espínola. *Breves anotações ao Código Civil Brasileiro*. Bahia: Joaquim Ribeiro, 1918. Vol. I.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia. Das bases romanas à lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Lições de direito constitucional*. 1 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.
- FIÚZA, César. *Alienação fiduciária em garantia (de acordo com a Lei 9.514/97)*. Rio de Janeiro: AIDE, 2000.
- FORSTER, José Nestor. *Alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1979.
- FRANÇA. *Código Civil* [consult. 2 Mar. 2021]. Disponível em https://www.academia.edu/35741110/C%C3%B3digo_civil_franc%C3%A9s_Edici%C3%B3n_biling%C3%BCe.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. Vol. 1.
- FREITAS, José Lebre de. *A Ação Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

FUENTESECA, Cristina. *El negocio fiduciário en la jurisprudência del tribunal supremo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

GOMES, Orlando. *Contrato de fidúcia (trust)*. São Paulo: RF. Vol. 211.

GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*. 4. ed. São Paulo: RT, 1975.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil, em Comentário ao Código Civil Português*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. Vol. XI, Tomo I.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopse Jurídica –Direito das Coisas*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. Vol. 3.

GRAU, Eros Roberto. Negócio Jurídico Inexistente. Alienação fiduciária em garantia; existência, validade e eficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: RT, abr-jun., 1987.

GUNHA, Luiz Fabiano Campos Gunha. *A impenhorabilidade relativa do bem de família em detrimento ao direito à moradia* [consult. 2 Mar. 2021]. Disponível em https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-impenhorabilidade-relativa-bem-familia-detrimento-ao-direito-moradia.htm#indice_4.

GUSTAVIANO, Elias P. *Derecho de Familia Patrominial – Bien de Familia*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1962.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif francais*. Paris: Sirey, 1940. Vol. III.

LÉVY, Jean Philippe. *Histoire de la propriété*. Paris: Presses Universitaires de France, n. 36, 1972.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Priscila. *Bem de família* [consult. 2 Mar. 2021]. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6456/Bem-de-familia>.

MARTINS, Raphael Manhães. *Análise da “aclimatação” do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária*. In: *Revista de Direito Privado* nº 42.

MARTINS, Antônio. *A proteção da casa de morada de família* [consult. 3 Jul. 2021]. Disponível em <http://julgar.pt/a-proteccao-da-casa-de-morada-de-familia/>.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. Homestead. In: FARIA, Antônio Bento de; SANTOS, Jacintho Ribeiro dos. *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*. Rio de Janeiro, 1915. Vol. 36, fasc. II.

MESSINA, Giuseppe. *Scritti Giuridici: negozi fiduciari*. Milano: Giuffrè, 1948. Vol. 1.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 29. São Paulo: RT, jul.-set, 1984. Vol. 8.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. Tomo III.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Vol. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 37. ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 3.

NEGRATO, Gustavo Scudeler Negrato. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada* [consult. 15 Abr. 2021]. Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2015. Vol. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualizado por Maia Celina Bodin de Moraes. São Paulo: Editora Forense, 2004. Vol. 1.

ORTIZ, José Maria Ortiz. *Estudios de Derecho Hipotecario*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 1994. Tomo I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 19.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. 4.

PETTIT, Philip H. *Equity and the law of trusts*. 7. ed. Londres: Butterworths, 1993.

REIS, João Marques dos. *Homestead – Bem de família*. Bahia: Tip. Bahiana, 1917.

REBELO, Sérgio; RIBEIRO, Virgínio da Costa. *A Ação Executiva Anotada e Comentada*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROLA, Marla Manoel. *O Direito à habitação é interesse público* [consult. 2 Jul. 2021]. Disponível em https://www.publico.pt/2019/01/02/economia/opiniao/direito-habitacao-interesse-publico1856411?fbclid=IwAR2H_wALOcVMrpeTFe3V1RE9742u70P6bjfleEGupAzcnL1MqW_wvKQNMraE.

SAAD, Renan Miguel. *A alienação fiduciária sobre bens imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SAMPAIO, J. M. Gonçalves. *A Acção Executiva e a problemática das Execuções Injustas*. 2. ed. Almedina: Almedina, 2008.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Alienação fiduciária de coisa imóvel*. São Paulo: Revista Jurídica, n. 261, ano 47, jul. 1999.

SANTOS, Inês da Mota. *A (Im)penhorabilidade da Casa de Morada de Família* [consult. 2 Jul. 2021]. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85886/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20A%20%28Im%29penhorabilidade%20da%20Casa%20de%20Morada%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public: a travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile*. Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1945. Vol.1.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias hipotecária e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais - Limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo* [consult. 30 Mai. 2021]. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13102016-163040/pt-br.php>.

SOUZA, Tadeu Trancoso de. *A nulidade da alienação fiduciária em garantia do bem de família* [consult. 3 Jun. 2021]. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47515/a-nulidade-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia-do-bem-de-familia>>.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Lições de Direito das Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Vol. II.

SOUZA; Elaine Gonçalves Weiss de; BARBOSA, Andreia Isabel Dias. *O processo de execução fiscal no Brasil e em Portugal – uma análise sobre a penhora do bem/da casa de morada da família, frente à defesa da meação* [consult. 3 Jul. 2021]. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10149>.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2004. Vol. 1.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol.16.

VILLAÇA, Álvaro Azevedo. *Bem de família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnoldo. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. *Revista de Direito Imobiliário*. Ano 24, n. 51. São Paulo: RT, jul.-dez. 2001.

WAPLES, Rufus. Études sur le Droit Civil des États-Unis de l'Amérique du Nord. In: LEHR, Ernest. *Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey*, 1906.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. [consult. 2 Mar. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm.

BRASIL. *Lei n. 4.728 (14 de Julho de 1965)* [consult. 10 Abr. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 911* (1º de Outubro de 1969) [consult. 10 Abr. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm.

BRASIL. *Lei nº 6.015* (31 de Dezembro de 1973) [consult. 2 Mai. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* [consult. 2 Mar. 2021].

BRASIL. *Lei nº 8.009* (29 de Março de 1990) [consult. 2 Mar. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm.

BRASIL. *Súmula 28* (25 de Setembro de 1991) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2005_2_capSumula28.pdf.

BRASIL. *Lei nº 9.514* (20 de Novembro de 1997) [consult. 10 Abr. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm.

BRASIL. *Lei nº 10.406* (10 de Janeiro de 2002) [consult. 2 Mar. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

PORTUGAL. *Constituição da República* [consult. 2 Jul. 2021]. Disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

PORTUGAL. *Lei nº 13/2016* (23 de Maio de 2016) [consult. 10 Jul. 2021]. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2550&tabela=leis&ficha=1&pagina=1.

JULGADOS

BRASIL. *Agravo de Instrumento nº 967614-8* (16 de Abril de 2013) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11789149/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1223976-2>.

BRASIL. *Apelação Cível n.º 687/164* (11 de Outubro de 1998) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4948400/apelacao-civel-ac-138574-sc-1998013857-4/inteiro-teor-11474861>.

BRASIL. *Recurso Especial nº 159.851-SP* (19 de Março de 1998) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19855042/recurso-especial-resp-159851-sp-1997-0092092-5>.

BRASIL. *Agravo de Instrumento nº 54.694-3-MG* (16 de Setembro de 1997) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/3443/bem-de-familia/2>.

BRASIL. *Recurso Especial nº 302186-RJ* (11 de Dezembro de 2001) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7234231/recurso-especial-resp-302186-rj-2001-0010240-9/inteiro-teor-12989985>.

BRASIL. *Recurso Especial nº 531.988-SP* (4 de Março de 1997) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em

https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5321352/mod_resource/content/0/Tema%209%20-%20VILLA%C3%87A%2C%20Alvaro.%20Bem%20de%20fam%C3%ADlia.pdf.

BRASIL. *Lex nº 47/462* (16 de Março de 2021) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em https://portal.trf3.jus.br/data/files/DE/25/87/30/8EB38710BFA7A387E52809C2/Caderno_TRF_2021-03-16_XIII_47.pdf.

BRASIL. *JTAC 154/102-SP* (8 de Agosto de 1995) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5321352/mod_resource/content/0/Tema%209%20-%20VILLA%C3%87A%2C%20Alvaro.%20Bem%20de%20fam%C3%ADlia.pdf.

BRASIL. *Recurso Especial nº 182.223-SP* (19 de Agosto de 1999) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <http://www.mundonotarial.org/Bem%20de%20Fam%C3%ADlia%20-%20Solteiro.pdf>.

BRASIL. *Acórdão Cível nº 1.0153.06.055779-7/001* (27 de Fevereiro de 2002) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>.

BRASIL. *Recurso Especial nº 1.677.015/SP* (28 de Agosto de 2018) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <file:///C:/Users/user/Downloads/stj-reconhece-regularidade-def-de-bem-de-familia.pdf>.

BRASIL. *Apelação Cível nº 10452140021885003* (15 de Julho de 2016) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/362102628/apelacao-civel-ac-10452140021885003-mg/inteiro-teor-362102678>.

BRASIL. *Agravo de Instrumento nº 20497270620148260000* (16 de Junho de 2014) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124124235/agravo-de-instrumento-ai-20497270620148260000-sp-2049727-0620148260000>.

BRASIL. *Apelação Cível nº 13366/2014-MT* (3 de Fevereiro de 2015) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <file:///C:/Users/user/Documents/BEL%20geral/Paolo%20e%20GI%C3%B3ria/A%20Nulidade%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Fiduci%C3%A1ria%20em%20Garantia%20do%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

BRASIL. *Agravo de Instrumento nº 0434795-35.2015.8.21.7000-RS* (3 de Março de 2016) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <file:///C:/Users/user/Documents/BEL%20geral/Paolo%20e%20GI%C3%B3ria/A%20Nulidade%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Fiduci%C3%A1ria%20em%20Garantia%20do%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

BRASIL. *Agravo Interno nº 0036615-76.2014.8.09.0032-GO* (19 de Dezembro de 2014) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <file:///C:/Users/user/Documents/BEL%20geral/Paolo%20e%20GI%C3%B3ria/A%20Nulidade%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Fiduci%C3%A1ria%20em%20Garantia%20do%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>.

BRASIL. *Apelação nº 0000288-85.2017.8.03.0003* (7 de Julho de 2020) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887037294/apelacao-apl-2888520178030003-ap/inteiro-teor-887037298>.

BRASIL. *Agravo de Instrumento nº 0539767-47.2018.8.09.0000* (28 de Março de 2019) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712804383/agravo-de-instrumento-cpc-ai-5397674720188090000>.

BRASIL. *Apelação Cível nº 504277066.2013.404.7000* (25 de Fevereiro de 2015) [consult. 2 Jun. 2021]. Disponível em <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424266377/apelacao-civel-ac-50427706620134047000-pr-5042770-6620134047000>.

PORTUGAL. *Acórdão nº 649/99* [consult. 2 Jul. 2021]. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/1753896/details/maximized?print_preview=print-preview.

PORTUGAL. *Acórdão nº 4738/03.2TBVCT.G1* [consult. 2 Jul. 2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/71885876828eeb47802576a400374c96?OpenDocument>.

PORTUGAL. *Acórdão nº 1920/14.0YYLSB-A.L1-7* [consult. 2 Jul. 2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a8bd9e1a899a7f03802584460048281a?OpenDocument>.