

A Nulidade da Alienação Fiduciária em Garantia do Bem de Família

Tadeu Trancoso de Souza ¹

RESUMO: o presente artigo objetiva analisar a nulidade do negócio jurídico em que o devedor aliena fiduciariamente a residência da família, notadamente em contratos de mútuo feneratício. Para tal desiderato, serão realizadas breves considerações sobre a alienação fiduciária de que trata a Lei nº 9.514/1997. Por conseguinte, serão cotejados os elementos jurídicos que inquinam de nulidade o negócio. Por fim, verificar-se-á o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Fiduciária em Garantia. Bem de família. Nulidade. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: This article aims to analyze the nullity of the legal transaction in which the debtor fiduciary alienates the family residence, notably in feneratic loan contracts. To this end, brief considerations will be made on the fiduciary alienation dealt with in Law No. 9,514/1997. Therefore, the legal elements that tain the nullity of the business will be collated. Finally, the understanding of the C. Superior Court of Justice on the matter will be verified.

KEYWORDS: Fiduciary Alienation in Collateral; Nullity; Superior Justice Tribunal.

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (2013); Pós-Graduado em Direito Processual; Extensão em Ações Constitucionais.

Introdução

A análise da possibilidade de alienação fiduciária em garantia do bem de família é de extrema relevância, notadamente diante do inadimplemento do devedor, o que enseja a consecução da referida alienação.

Há no meio jurídico tese defensora da impossibilidade dessa alienação, uma vez que configuraria negócio jurídico nulo, por violar expressa disposição de lei (proteção ao bem de família – Lei nº 8.009/1990).

De outro turno, as instituições financeiras rechaçam esse argumento, ao dispor que a alienação fiduciária realizada de forma voluntária pela entidade familiar, somada ao risco do mercado financeiro, não inquinariam de nulidade o negócio jurídico.

Destarte, para a devida compreensão dessa discussão, inicialmente, serão analisadas considerações sobre a alienação fiduciária em garantia do bem de família. Doravante, a validade deste negócio jurídico, com o intuito de, em face dessas observações, concluir-se pela possibilidade, ou não, da alienação fiduciária em apreço, à luz da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça.

1. Breves considerações sobre a alienação fiduciária em garantia

A alienação fiduciária em garantia - regulada na Lei nº 9.514/1997 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 imóvel².

Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel².

² Lei nº 9.514/97, 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.

² Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

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

Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida, e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos do artigo 26 da Lei nº 9.514/1997, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário³.

2. A nulidade da alienação fiduciária do bem de família

Antes de qualquer divagação meritória, cumpre esclarecer dois pontos principais à compreensão da problemática proposta.

i) Primeiramente, necessário frisar que a matéria em análise não se circunscreve a 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 nº 8.009/1990 (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 nº 9.514/1997.

Por esta razão, não se refere à exceção à impenhorabilidade do bem de família positivada no art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/1990 (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.

Em última análise, a operação bancária se revela como inegável violação ao texto expresso do art. 1º da Lei nº 8.009/1990, acerca da **impenhorabilidade do bem de família**, na medida em que, convenciona a alienação fiduciária, que, em caso de inadimplemento da obrigação, resulta igualmente na perda do imóvel da família, procedimento que tão somente adquire novo nome, porém, mantém a excussão do patrimônio exclusivo da entidade familiar.

Antes mesmo de adentar nas normas que regulam a relação de consumo, verifica-se que o próprio Código Civil inquina de nulidade cláusula contratual desta estirpe, que viola, por manobras obscuras, texto expresso de lei.

Não é outro o comando incerto no art. 166, inciso VI, Código Civil:

Art. 166: **É nulo** o negócio jurídico quando:

[...]

VI – tiver por **objetivo fraudar lei imperativa**;

A hipótese em tela é mais gravosa do que a penhora judicial do bem de família. Tolerar tal expediente, é dizer que, o Poder Judiciário – guardião precípua do ordenamento jurídico, não poderá penhorar bem de família, mas instituições financeiras, na ânsia da obtenção de lucro, estariam autorizadas a criar manobras por meio das quais, um bem de família garantirá um contrato de mútuo, autorizando-se executar este imóvel em caso de inadimplência.

Não é demais lembrar que a República Federativa do Brasil adotou como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB) e a proteção da família (art. 226 da CRFB), de modo que não se pode admitir que interesses financeiros venham ultrajar lei imperativa – impenhorabilidade do bem de família (art. 1º da Lei nº 8.009/1990).

Na mesma linha, invocando o talento do Ministro Luiz Edson Fachin, com amparo em sua obra ‘O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo’, deve-se atentar que a proteção ao bem de família deriva de um interesse público superior, inclusive social, na perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Vale ser citada a manifestação do Ministro do C. Superior Tribunal de Justiça, Marco Buzzi, em julgamento da matéria afeta à impenhorabilidade e alienação de bem de família:

A proteção do bem de família dá-se de forma ampla, e não apenas na hipótese de penhora em execução judicial, sendo absolutamente necessário, em variadas situações, que o juiz extrapole os limites impostos pelo legislador e se valha do ordenamento jurídico amplamente considerado. Isso porque limitar a proteção ao momento de uma penhora em execução judicial seria renegar a proteção legal em diversas outras situações, reduzindo sobremaneira o âmbito de sua aplicação. As expressões "impenhorável" e "execução", constantes do art. 3º da Lei 8.009 de 1990, devem ser interpretadas de forma abrangente, de forma a alcançar qualquer hipótese em que o bem de família seja objeto de procedimento expropriatório voltado ao pagamento de dívidas. Isso porque não parece razoável supor que a proteção do bem de família só possa ocorrer no momento de uma penhora em execução judicial, reduzindo sobremaneira o âmbito da proteção legal – STJ, REsp 1.395.275/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE

SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 20/08/2014.

Observe-se ainda que qualquer interpretação da impenhorabilidade do bem de família, deve, obrigatoriamente, ser oxigenada pelo direito fundamental à moradia (art. 6º da CRFB), de modo que não deve ser tolerada renúncia ou qualquer espécie de transação judicial ou extrajudicial com tal garantia.

Inclusive, o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, por se tratar de matéria de ordem pública e de interesse social, **reputa-se inválida a renúncia à proteção legalmente conferida ao bem de família.**

Neste sentido, STJ, Recurso Especial nº 875.687/RS:

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/90. RENÚNCIA INCABÍVEL. PROTEÇÃO LEGAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. IMPENHORÁVEIS OS BENS MÓVEIS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DOS DEVEDORES. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. **A indicação do bem à penhora, pelo devedor na execução, não implica renúncia ao benefício conferido pela Lei n. 8.009/90, pois a instituição do bem de família constitui princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada.** 2. O aparelho de televisão e outros utilitários da vida moderna atual, em regra, são impenhoráveis quando guarnecem a residência do devedor, exegese que se faz do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.009/90. 3. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser obtido pela simples afirmação do interessado de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família, não dependendo a sua concessão de declaração firmada de próprio punho pelo hipossuficiente. A presunção legal poderá ser elidida por prova em contrário, e também o magistrado, avaliando as alegações da parte interessada ou as circunstâncias da causa, examinará as condições para o seu deferimento. 4. Recurso especial provido”.*

Ainda, STJ, REsp 511.023/PA:

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

A questão apresenta-se de forma ainda mais polêmica nos contratos que guardam a natureza jurídica de adesão (art. 54 da Lei nº 8.078/1990), na medida em que

suas cláusulas são impostas pela instituição financeira de forma unilateral, não abrindo qualquer margem de negociação das tratativas com relação aos consumidores.

Neste contexto, não é demais registrar que nos termos do art. 423 e 424 do Código Civil, deve-se promover interpretação *pro aderente*, bem como reputam-se nulas as cláusulas de renúncia antecipada ao aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Sem falar que nos termos das linhas anteriores, aplicando-se as disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a alienação fiduciária do bem imóvel pertencente à entidade familiar revela obrigação extremamente iníqua e abusiva, acarretando sua nulidade consoante redação incerta no art. 51, inciso IV, da Lei nº 8.078/1990.

Observe-se:

*Art. 51. **São nulas de pleno direito**, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

[...]

*IV - **estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas**, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam **incompatíveis com a boa-fé ou a equidade**;*

Em complemento:

§ 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

*I - **ofende os princípios fundamentais** do sistema jurídico a que pertence;*

*II - **restringe direitos ou obrigações fundamentais** inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;*

*III - se mostra **excessivamente onerosa para o consumidor**, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*

Verifica-se, pois, que a previsão contratual de alienação fiduciária do imóvel familiar importa em restrição a direito que ofende toda a sistemática do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

E é neste diapasão que devem incidir os instrumentos disponibilizados pelo Sistema de Proteção ao Consumidor, notadamente a inafastabilidade da jurisdição (art. 6º, inciso VII, da Lei nº 8.078/1990), a fim de ver declarada a nulidade absoluta de cláusulas desta natureza.

Importa ressaltar ainda, que a doutrina moderna tem sustentado a mitigação da *pacta sunt servanda*, diante da função social dos contratos (art. 421 e art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil), e da boa-fé (art. 422 do Código Civil e art. 4º, inciso III, e art. 51, inciso IV, ambos da Lei nº 8.078/1990).

Logo, não deve prevalecer a disposição contratual – como a alienação fiduciária de bem de família, na hipótese em que tal negócio jurídico, eivado de interesses meramente financeiros, violem lei imperativa, a dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à moradia e, ainda, todo o ordenamento lastreado na boa-fé objetiva.

Não é outro o entendimento da jurisprudência pátria:

*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 CONSTRUÇÃO. 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 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. (TJMT; APL 13366/2014; Várzea Grande; Rel. Des. Adilson Polegato de Freitas; Julg. 27/01/2015; DJMT 03/02/2015; Pág. 32). (Grifou-se).*

*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 improvido deste recurso. Agravo interno conhecido e improvido. (TJGO; AC 0036615-76.2014.8.09.0032; Ceres; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Leobino Valente Chaves; DJGO 19/12/2014; Pág. 281). (Grifou-se).*

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. (TJRS; AI 0434795-35.2015.8.21.7000; Pelotas; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Mario Crespo Brum; Julg. 03/03/2016; DJERS 08/03/2016). (Grifou-se).

Inarredável, portanto, o reconhecimento da nulidade absoluta da alienação fiduciária em garantia do bem de família.

3. Do entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça

À luz de todo o exposto, cumpre registrar que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça ainda não se encontra devidamente pacificada acerca da matéria.

Contudo, não se pode negar que os julgados mais recentes têm rejeitado a alegação de nulidade da alienação fiduciária em garantia do bem de família.

É o que se depreende do julgado abaixo:

Proprietário que aceita que seu bem de família sirva como garantia de um contrato de alienação fiduciária em garantia não pode, posteriormente, alegar que esse ato de disposição foi ilegal. A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei nº 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. A despeito disso, o bem de família legal não gera inalienabilidade. Logo, é possível que o proprietário pratique atos de disposição dele, podendo, por exemplo, oferecê-lo como objeto de alienação fiduciária em garantia. A utilização abusiva do direito à proteção do bem de família viola o princípio da boa-fé objetiva e, portanto, não deve ser tolerada. Assim, deve ser afastado o benefício conferido ao titular do bem de família que exerce o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico. STJ. 4ª Turma, REsp 1.595.832/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 29/10/2019 (Info 664).

Com a devida vênia, entendemos que a boa-fé é a regra dos negócios jurídicos (art. 113 do Código Civil), de modo que a má-fé deve ser provada no caso concreto.

Por esta razão, a *priori*, a indicação do bem de família em alienação fiduciária em garantia, com ressalva às hipóteses de má-fé, não possui o condão de afastar a proteção legal da impenhorabilidade, inquinando de nulidade qualquer disposição neste sentido.

Conclusão

Com base nos argumentos expostos, depreende-se inegável violação à lei imperativa por parte do negócio jurídico relativo à alienação fiduciária em garantia envolvendo bem de família.

Ademais, ante expressa proteção legal (Lei nº 8.009/1990), qualquer negócio jurídico em sentido contrário, que tenha o escopo de driblar a proteção legal conferida ao referido bem, inquina de nulidade a declaração de vontade nos termos acima delineados.

Não é outra, inclusive, a jurisprudência dos Tribunais de Justiça acerca da matéria, reconhecendo-se, inexoravelmente, a nulidade do negócio jurídico em circunstâncias tais.

Quanto ao C. Superior Tribunal de Justiça, sem embargo da ausência, no momento, de pacificação da matéria (seja pela Segunda Seção ou pela Corte Especial), espera-se, diante do posicionamento tracejado pelas Cortes Estaduais, que o Tribunal da Cidadania também divague no mesmo sentido, máxime diante da proteção constitucional do direito à moradia, sempre oxigenada pela dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm> Acesso em: 09 de setembro de 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.395.275/MG**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 20/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201302413117&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em 09 set 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 875.687/RS**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200601727107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em 09 set 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 511.023/PA**, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2005, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200300455447&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em 09 set 2016.

www.lex.magister.com.br – acessado em 09 set 2016.