

A produção antecipada de provas como fator de alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento

Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos

Advogada em Rondônia

Bancária na Caixa Econômica Federal

Doutoranda em Processo Civil pela PUC/RS

Mestre em Direito Ambiental pela UNIVALI/SC

Especialista em Processo Civil pela FAP/UNINTER

RESUMO

Este trabalho realiza uma pesquisa acerca da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015, analisando as suas possibilidades de utilização, requisitos e dimensão processual, desde a sua positivação e a implicação na sua utilização, com o intuito de propor uma sistematização do instituto diante de sua complexidade prática processual.

Palavras-chave: Produção antecipada de provas. Ordem procedimental. Fase de conhecimento. Processo civil.

ABSTRACT

This work conducts a research about the anticipated production of evidence in the 2015 Code of Civil Procedure, analyzing its possibilities of use, requirements and procedural dimension, since its positivization and the implication in its use, in order to propose a systematization of the institutes in view of their practical procedural complexity.

Keyword: Advance production of evidence. Procedural order. Knowledge phase. Civil Procedure.

Introdução

A escolha do presente tema passa pelas alterações no novel ordenamento processual quanto à sistemática da produção antecipada de provas, às mudanças processuais e à consequente

alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento, sendo esta temática verificada através dos arts. 381 a 383 do Código de Processo Civil de 2015.

O estudo da produção antecipada de provas é importante para entendermos toda a sua positivação, utilização e impacto diante do processo. A medida de positivação destas possibilidades concede ao Código de Processo Civil de 2015 e a sistemática ali contida outros contornos conceituais e práticos.

Um dos fatores para que a mudança na sistemática de produção antecipada de provas seja considerada positiva é a própria busca pela celeridade e efetividade processual, uma vez que, ao permitir-se que assim se proceda, há, desde logo, a prestação jurisdicional daquela parte da demanda e, ainda que não seja de cunho meritório, de qualquer maneira, a lide estará parcialmente resolvida.

Necessário se faz ressaltar a grande relevância da questão, diante de seu molde inserto na nova codificação, com a necessidade de entender este instituto da produção antecipada de provas e seus respectivos impactos, com a primordial análise minuciosa sobre os possíveis benefícios, situações processuais, desdobramentos em outras fases, prejuízos, desmembramentos e demais possibilidades, impulsionando a futura pesquisa.

O presente estudo se justifica, ainda, em obter conhecimentos mais detalhados sobre o tema e outras temáticas correlacionadas, como: fato, causa de pedir, o direito à prova, os meios de produção de prova, os procedimentos utilizados, a ordem procedimental, dentre outras implicações e problematizações necessárias.

Com tamanha inovação positivando a produção antecipada de provas, por si só, este assunto merece um estudo aprofundado, sendo suficientemente instigante, conflituoso e desafiador, para realizar uma reflexão sobre as mudanças afetas e os impactos processuais vindouros na prática forense.

1 O fato e a causa de pedir

Em um breve estudo sobre a noção a respeito de “fato” e “causa de pedir” dentro da matéria de Direito Processual Civil, é importante buscarmos um entendimento sobre os seus conceitos, a concepção construtiva dessas conceituações, com o intuito de sistematizar a correspondência dos mesmos com o estudo proposto, bem como a correlação com suas funções e conteúdos.

Sobre fato, na visão de Chiovenda (2012, p. 87), “pode ser definido como o acontecimento ou circunstância concreta, determinado no espaço e no tempo, passado e presente, do mundo exterior ou da vida psíquica humana – v.g., a vontade, a intenção – que o direito objetivo considera pressuposto de um efeito jurídico”.

Frente a essa definição, entendemos que todo ato postulatório se inicia com a ocorrência de uma narrativa dos fatos, com o relato de acontecimentos ou circunstâncias em que o autor apresenta a sua versão para a análise jurídica de um direito e, conseqüentemente, sua prestação jurisdicional.

Dessa forma, percebemos que a concepção do fato¹ é fundamental para a prestação jurisdicional, para a formação da base cognitiva e para a resolução do conflito, através da aplicação da norma mais adequada, por meio da análise das questões de fato. No que diz respeito às questões de fatos, cumpre destacar que podem se apresentar de forma controversa ou incontroversa, sendo que, no caso das controversas, há a necessidade de produção de provas, para melhor esclarecimento ou convencimento em relação à ocorrência dos fatos relacionados aos pedidos pleiteados.

Nesse ponto, ressaltamos os ensinamentos de Tucci (2001, p. 57), ao mencionar: “Anote-se que a petição inicial deve conter, como exigência formal mínima, além da explícita referência às partes, a indicação da causa de pedir e do pedido”.

Assim, constatamos que a causa de pedir é outro instituto importante a ser estudado, considerando a relação do mesmo com o próprio pedido, bem como por ser um dos elementos de exigência formal mínima da ação, tendo sua importância para a definição do objeto litigioso da ação e dos fundamentos jurídicos que servirão de base em determinada ação.

No mesmo sentido, temos a lição de Câmara²:

Deve a petição inicial conter a descrição dos fatos que compõem a causa de pedir (remota e próxima), isto é, dos fatos constitutivos do direito de-

¹ “fato não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade.” FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução do estudo do direito. São Paulo: Atlas, 199, p. 278.

² CÂMARA, Freitas, Alexandre. O novo processo civil brasileiro. 4ª ed. Atlas, 2018. [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014426/>>.

duzido pelo demandante e dos fatos geradores do interesse de agir. Pense-se, por exemplo, no caso de se ir a juízo para cobrar uma dívida resultante de um contrato. A petição inicial deverá conter a descrição do contrato (fato constitutivo do direito, causa de pedir remota) e do inadimplemento (causa de pedir próxima).

Através dos apontamentos e exemplos citados anteriormente, verificamos a correlação entre o fato³ e a causa de agir junto à produção de provas no processo civil, tendo as suas funções e conteúdos determinantes para a sistematização dos processos e para possibilitar a adequada prestação jurisdicional.

1.1 O fato como *thema probandum*

Assim como mencionado no tópico anterior, a análise dos fatos possui uma importância fundamental para compreensão e solução de conflitos, destacando-se a importância de que aqueles que guardem relação com a causa de pedir sejam objetos de prova, quando controversos⁴. Quanto a esse entendimento, esclarece Marques (2003, p. 186) que o “Objeto da Prova, ou *thema probandum*, refere-se aos fatos que devem ser demonstrados no processo para o Juiz formar sua convicção”.

Ainda sobre o *thema probandum*, que se traduz do latim como “tema a se provar”, Mitidiero explica que⁵:

Uma vez dimensionado o *thema probandum*, interessa ao processo de corte cooperativo a repartição do encargo probatório. Assunto, de seu turno, que remete diretamente à análise das diferentes funções que o Direito Processual pode confiar às normas sobre o ônus da prova.

³ “Um determinado fato é tomado como premissa para uma consequência jurídica.” TARUFFO, Michele. A prova. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16.

⁴ “Enfim, rigorosamente, o objeto da prova é a ‘alegação de fato’.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de processo civil. Vol. 2. 10a. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 52.

⁵ MITIDIERO, Daniel. Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova. Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº 1, jan/mar 2012. p. 73. Retirado de <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003_mitidiero.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

Assim, podemos considerar o *thema probandum* como o fato que é relevante e que possui influência sobre a demanda, cabendo o encargo probatório visando sanar as dúvidas, que podem ocorrer em virtude de controvérsia em relação à ocorrência ou modo de ocorrência; ou ainda pela não convicção em relação à narrativa.

Se há fato a ser provado, é este que se relaciona com a necessidade de produção de prova, diferentemente dos fatos que não necessitam de prova, seja pelo fato de serem incontroversos, seja por serem notórios.

1.2 A prova e a sua relação com o fato

Ao tratarmos sobre a prova e a sua relação com o fato no processo civil, é importante inicialmente trazermos alguns entendimentos doutrinários quanto ao significado da terminologia “prova” dentro dessa matéria.

Neves (2016, p. 643), ao tratar sobre prova, ressalta que:

Há doutrinadores que preferem conceituar a prova como sendo os meios ou elementos que contribuem para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinados fatos. Outros entendem a prova como a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo. Há ainda os que preferem conceituar a prova como um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem por objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fatos que sejam relevantes para o julgamento.

Cumpramos ainda destacar o art. 369 do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe com relação à prova que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Percebemos, assim, a importante relação tida no Direito Processual Civil entre a prova⁶ e o fato, no sentido de que a prova, como um instrumento de busca pela verdade e convicção, visa

⁶ “as provas (*probare*) são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou da inexistência de um fato passado.” CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002, p. 50.

ao esclarecimento sobre os fatos que apresentem relevância às demandas apresentadas em juízo. Através das provas⁷, as partes têm a oportunidade de contribuir e auxiliar para o alcance da verdade dos fatos, influenciando na formação da convicção do juiz, com relação às alegações relevantes para o julgamento que será realizado, sendo este um direito a elas garantido.

1.3 O direito à prova

A prova, anteriormente conceituada como sendo um meio ou elemento de defesa e verificação, é um direito fundamental, que possui força contida inclusive no ordenamento normativo constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, através do seu art. 5º, inciso LIV, trouxe disposto que:

“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:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;(...)”

Essa disposição, em construção aos demais estudos de Direito e Garantias Fundamentais, traz uma visão quanto ao direito à prova, ao correlacionarmos ainda com ensinamentos, como destacamos em Didier Jr (2006, p. 59), em sua abordagem de que:

Como poderia o magistrado punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição; por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado ou não ocorreram ou não permitem a aplicação da sanção? Seria punir sem ouvir;

⁷ “provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas - e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58.

seria condenar sem dar a chance de defesa. Não é possível a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o 'possível punido' manifestar-se previamente, de modo a que possa, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Nesse sentido, percebemos que, ao citar as menções de dar a "chance de manifestar-se" e a "chance de defesa", bem como sobre a necessária oportunidade de manifestação visando à possibilidade de se defender, verificamos que essas premissas são diretamente relacionadas ao direito à prova que deve ser respeitado ao se considerar a aplicação do devido processo legal.

Assim, observando a relação essencial entre o direito à prova no cumprimento ao devido processo legal, consideramos ainda as observações de Mendes (2015, p. 546) quanto às suas características como direito constitucionalmente normatizado:

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material. Todavia, no âmbito das garantias do processo, é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas.

Constata-se assim que o direito à prova, em uma visão ampliada, corresponde a um princípio voltado à segurança constitucional dos processos, cabendo, desse modo, a necessidade de ser aplicável também em matéria de direito processual civil, visando à busca da verdade e à convicção sobre os fatos levados a juízo.

1.4 A inserção da prova no procedimento comum: uma fase própria para a produção de prova

Dentre as mudanças e inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, está a divisão que o novel ordenamento trouxe ao regulamento das espécies de procedimentos, os quais

foram divididos em duas espécies, chamadas de procedimento Comum e procedimento Especial, sendo considerado o primeiro como o procedimento-padrão, quando não previsto dentro da aplicação de procedimento especial.

No tocante ao procedimento comum, temos por entendimento doutrinário a sua divisão em quatro fases, que são denominadas como: fase postulatória, fase de saneamento, fase instrutória e fase decisória.

Com relação à produção de provas e à sua inserção no procedimento comum, Theodoro Jr (2016, p. 745) explica que a fase instrutória:

Destina-se à coleta do material probatório, que servirá de suporte à decisão do mérito. Reconstituem-se por meio dela, no bojo dos autos, os fatos relacionados à lide. É a de contornos menos definidos, as partes já começam sua atividade probatória com a inicial e a contestação, momentos em que, de ordinário, devem produzir a prova documental (NCPC, art. 434). Saneado o processo, porém, surge um momento em que os atos processuais são preponderantemente probatórios: é o da realização das perícias e o da primeira parte da audiência de instrução e julgamento, destinada ao recolhimento dos depoimentos das partes e testemunhas.

Vale destacar assim que, embora a fase instrutória seja uma fase própria e específica para a produção de prova no processo comum, não significa dizer que este seja o único momento para que sejam realizadas as atividades probatórias.

2 A produção de prova antecipada

O Código de Processo Civil de 1973 trazia a previsão de produção de prova antecipada através de seus arts. 846 até o 851, os quais tratavam sobre esse procedimento de forma cautelar, ao qual era cabível apenas mediante a ocorrência de *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, os procedimentos cautelares em espécies foram extintos e, dentre as inovações trazidas por este novel ordenamento processual, destacamos neste estudo as alterações quanto à sistemática da produção antecipada de provas.

A produção de prova antecipada⁸, pelo art. 381 do Código de Processo Civil, passa a ser admitida nos casos em que:

- I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
- II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
- III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Dessa maneira, verificando sobre essas inovações, percebemos, como citado por Costa (2019, p. 31), que:

O Código de Processo Civil de 2015 buscou inovar quanto à produção antecipada da prova, isso porque atualmente este procedimento não se restringe aos casos de urgência, podendo ser empregados também para possibilitar a composição amigável do conflito e para impedir ou fundamentar a propositura de uma ação.

Tem-se então que a produção de prova antecipada, disposta agora através dos arts. 381 a 383 do Código de Processo Civil, passa agora a se tratar de uma ação autônoma⁹, trazendo uma nova concepção que vem sendo amplamente estudada pela doutrina, considerando esse novo modelo adotado e as suas formas de emprego e procedimentos correlatos.

⁸ “este novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes em destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático”. ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 191, p. 299, Jan. 2011.

⁹ “[...] tem natureza jurídica de ação, ou seja, decorre do direito constitucional subjetivo de demandar prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) para um fim pontual e específico: obter acesso à prova, como direito material de cunho satisfativo”. LIPPMANN, Rafael Knorr. A “inérita” tutela do direito material (e autônomo) de acesso à prova. Disponível em: <http://www.emap.com.br/Nucleo%20de%20Pesquisas%20Avançadas%20da%20EMAP/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

2.1 O procedimento da produção antecipada de prova

Com relação ao procedimento da produção antecipada de prova, destacamos o art. 382 do Código de Processo Civil que, ao tratar sobre esse novo procedimento autônomo e com relação à petição apresentada pelo requerente, dispõe que o mesmo “apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.

Quanto aos demais procedimentos contidos nos parágrafos referentes ao art. 382 do Código de Processo Civil, tem-se que:

§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.

§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

§ 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Diante da procedimentalidade anteriormente descrita, uma vez pleiteada a produção antecipada de provas pelo interessado, deve-se proceder à citação de todos os interessados no resultado fático do que ali se produzirá; contudo, o próprio dispositivo esclarece que será na condição de interessado, não como réu, justamente pela característica concedida ao procedimento antecipado, sem um conflito a ser solucionado.

Mesmo que o requerente não realize tal requerimento, o juízo pode fazê-lo de modo oficioso, para garantir que a produção da prova alcance o contraditório necessário para a validade em momento posterior.

No entanto, é pertinente esclarecer que, após a produção antecipada da prova, o juízo não julga qualquer causa, pelo fato de que não há pedido de mérito, não há jurisdição para tanto, somente pela produção daquela prova que se entende

como necessária. Logo, há uma outra concepção na produção antecipada de prova no tocante à atividade do juízo, sem uma deliberação final sobre as consequências jurídicas do fato.

Dessa maneira, é importante delinear quando a produção antecipada de prova será um meio adequado de produção de provas, sem a ampla utilização, como salientam Pissinati e Duarte (2019, p. 77), ao abordarem sobre a temática do procedimento da produção antecipada da prova, ao ressaltarem que:

Apesar de haver um elastecimento da possibilidade de produção da prova antecipada, isso não significa ter sido aberta uma larga avenida sem qualquer condicionamento. Ao contrário, é necessário o atendimento a determinados requisitos que demonstrem a necessidade da tutela jurisdicional e a utilidade dos elementos probatórios a serem objeto de antecipação.

Como citado por Guaragni e Kozikoski (2019, p. 162), em relação à produção antecipada de provas:

Trata-se de uma faculdade da parte escolher o procedimento que, não sendo integralmente inadequado ao propósito da demanda, mais lhe atenda os interesses. Poder-se-á, dessa forma, optar entre uma ação de conhecimento em que a produção antecipada de prova seja feita incidentalmente e antes da apresentação do pedido principal, ou uma ação probatória autônoma, cujo núcleo será o exercício do direito à prova, pura e simplesmente.

Em complemento, também apresentamos com relação ao procedimento da produção antecipada de prova, o entendimento de Talamini (2016, p. 03), de que “é utilizável apenas quando não houver processo em curso, no qual se vá usar a prova. Se tal processo já estiver em curso, e houver a necessidade da antecipação de uma prova (i.e., sua produção antes da fase instrutória), aplica-se o art. 139, VI, do CPC/2015”.

Desse modo, o art. 382, § 3º do Código de Processo Civil de 2015 perde um pouco o sentido, por ser desnecessária a utilização deste rito quando o processo já está em curso, utilizando este para tal fim, com a produção inserida dentro do procedimento que se almeja, como salientado pela citação anterior.

3 A produção antecipada de prova como alteração da ordem procedimental

Como visto nos tópicos anteriores, no procedimento de produção antecipada de prova, o juiz que irá receber esse pedido não fica prevento para uma ação principal, nem cabe uma sentença ou o juízo de valoração da prova, cabendo às partes definir o que será feito com as provas, passando nesse caso a ideia das partes como destinatárias da prova, alterando-se a concepção usual e tradicional de que o juízo é o único destinatário da prova.

Observa-se, dentro dos apontamentos efetuados que a produção antecipada de provas, que se trata de um procedimento que independe de um processo principal e da formação de uma lide, visando apenas ao reconhecimento de uma prova. Há autonomia e vida processual própria para a produção antecipada de prova, como um meio para que a parte interessada tenha a ciência legal da relação entre o fato e a prova, sem a necessidade, ainda, de que haja um pedido de jurisdição específica sobre a consequência jurídica do fato ali descrito e que se pretende provar o seu acontecimento ou modo de acontecimento.

Conforme nos ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 317-318):

Note-se, por isso, que sequer é necessário que o interessado indique para qual 'eventual demanda futura' essa prova se destina. Basta que presente, em seu requerimento, razão suficiente (amoldada a um dos casos do art. 381) para a obtenção antecipada da prova. Por isso, qualquer pessoa que possa apontar uma das causas do art. 381, tem legitimidade para postular a medida em estudo, seja ou não parte em outra demanda judicial futura.

Assim como anteriormente citado, um dos fatores para que a mudança na sistemática de produção antecipada de provas seja considerada positiva é a própria busca pela celeridade e efetividade processual, uma vez que, ao permitir-se que esse procedimento seja possível, percebemos, desde logo, a prestação jurisdicional daquela parte da demanda, ainda que não seja de cunho meritório.

Qual o sentido de que haja um pleito de jurisdição, com um pedido e formalização do objeto do processo, se o pretense re-

querente ainda detém dúvidas sobre o fato que permeia sua causa de pedir? A produção antecipada de prova possibilita, nos moldes da sua concepção no novel ordenamento, que seja utilizada como meio preparatório em sentido mais amplo do que outrora era.

Guaragni e Kozikoski (2019, p. 162), ao abordarem essa temática, também mencionam:

A produção antecipada de provas (art. 381 a 383, do CPC) também se prestará à antecipação de qualquer meio de prova, porém, tendo em vista o caráter autônomo do procedimento, não será necessária a formulação de pedido principal. A pretensão do demandante se limitará à produção da prova, no intuito de ver satisfeito seu direito à prova, podendo o feito assumir natureza voluntária ou contenciosa, ficando a sucumbência condicionada ao caso.

Percebemos assim a produção antecipada de prova como uma alteração da ordem procedimental, onde se permite à parte, mediante a verificação da obtida, uma pluralidade de opções quanto à destinação que a mesma terá.

Se o requerente litigava com uma postulação e posterior busca pela instrução, com dúvidas sobre os fatos que fundam o direito ali vindicado, a possibilidade de produção antecipadamente à prova antes de um real litígio altera a concepção construtiva do procedimento comum brasileiro, em uma autêntica inversão de fases procedimentais.

Nos ensinamentos de Didier Jr (2019, p. 191), vemos que:

A autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como *contra-estímulo* ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas.

Assim, dentro dessa pluralidade de opções, observando as possibilidades de alterações da ordem procedimental na fase de conhecimento e analisando a possibilidade de diversas situações em que se aplica a produção antecipada de provas conforme as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, há a possibilidade de produção antecipada de provas para uma possível autocomposição, bem como para que se analise a proposição ou não de uma posterior demanda, além de poder servir em regime de urgência.

Desse modo, há um leque de viabilidades e utilizações maiores do que outrora e, dessa maneira, permitem ao requerente a escolha por, primeiro, entender o impacto do fato, o seu teor probante e probatório e, posteriormente, se for o caso, propor ação.

Percebemos, ainda, a importância quanto ao estudo dos impactos processuais trazidos pela produção antecipada de provas como fator de alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento.

Assim, a produção de prova que, no processo de conhecimento em sua forma ordinária, está inserida na fase instrutória (1 – Postulatória; 2 – Saneadora; 3 – Instrutória; 4 – Decisória), pode também ser requerida de forma antecipada, em processo autônomo e independente da iniciação de um processo principal de formação de lide.

A produção antecipada de provas apresenta-se, assim, como uma melhoria para a ordem procedimental na fase de conhecimento, apresentando alterações das fases internas da fase de conhecimento e tornando-se um instrumento processual que visa a contribuir com uma maior efetividade e alcance do objetivo de melhoria na prestação jurisdicional.

Há, desde logo, para a parte, a opção entre seguir a forma-padrão contida no processo de conhecimento para o procedimento de produção de provas e a opção de inverter a ordem procedimental.

Trazendo a produção de prova para antes de se iniciar um processo de lide, percebemos assim a alteração da ordem procedimental-padrão no processo de conhecimento, passando a seguir a ordem de: 1 – Produção de provas, 2 – Postulação e 3 – Decisão.

Conclusão

Através do presente estudo, verificamos uma síntese sobre os aspectos legais e alcances da produção antecipada de provas

como fator de alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento no Código de Processo Civil de 2015 e a inserção da prova no procedimento comum.

Diante da temática exposta ao presente tema proposto, com base em conceitos gerais, pesquisas, na análise documental e dos textos angariados, este estudo primou por realizar comparações com a finalidade de verificar semelhanças e explicar divergências entre institutos e conceitos científicos específicos delimitados no decorrer do trabalho.

Ao realizar uma pesquisa acerca da produção antecipada de provas, diante das inovações trazidas à luz do Código de Processo Civil de 2015, analisamos as suas possibilidades de utilização, requisitos e dimensão processual, desde a sua positivação e a implicação na sua utilização, com o intuito de propor uma sistematização do instituto frente à sua complexidade prática processual.

Pudemos, ainda, obter algumas informações e explicações com o propósito de desenvolver, conhecer e analisar as principais contribuições teóricas existentes sobre os assuntos delineados no presente estudo, discorrendo sobre as perspectivas dos problemas apresentados e chegando às conclusões específicas sobre o tema, com base no questionamento inicial sobre a alteração na ordem das fases internas da fase de conhecimento pela produção antecipada de provas.

Percebemos, assim, a necessidade de tratarmos sobre as mudanças processuais realizadas pelo Código de Processo Civil de 2015 no tocante à produção antecipada de provas, sobre a alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento em função da produção antecipada de provas, bem como quanto aos impactos processuais trazidos pela produção antecipada de provas como fator de alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento.

Destacou-se, ainda, a necessidade de se estabelecer um diálogo com as anteriores formas positivadas para produção antecipada de provas, definindo novos marcos funcionais sobre essa temática e apreciar as características, a natureza jurídica, os efeitos e as novidades da produção antecipada de provas e a relação com a ordem procedimental na fase de conhecimento.

Ao observarmos as possibilidades de alterações da ordem procedimental na fase de conhecimento, bem como a possibilidade de diversas situações em que se aplica a produção antecipada de provas – conforme as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, é possível analisarmos as implicações da alteração da ordem das fases internas da fase de conheci-

mento e a necessidade de sistematização processual e, também, estabelecer a nova concepção da produção antecipada de prova trazida pelo novo Código.

Partimos assim da premissa na qual a produção de prova que, no processo de conhecimento em sua forma ordinária, está inserida na fase instrutória (1 – Postulatória; 2 – Saneadora; 3 – Instrutória; 4 – Decisória), pode também ser requerida de modo antecipado, em processo autônomo e independente da iniciação de um processo principal de formação de lide.

Sendo assim, há, desde logo, para a parte, a opção entre seguir a forma-padrão contida no processo de conhecimento para o procedimento de produção de provas e a opção de inverter a ordem procedimental, trazendo a produção de prova para antes de se iniciar um processo de lide, alterando assim a ordem procedimental-padrão no processo de conhecimento, passando a seguir a ordem de: 1 – Produção de provas, 2 – Postulação e 3 – Decisão.

Dessa maneira, entendemos a produção antecipada de provas como uma melhoria para a ordem procedimental na fase de conhecimento, sendo um instrumento processual para a maior efetividade da prestação jurisdicional, apresentando alterações das fases internas da fase de conhecimento, otimizando o alcance do objetivo da melhoria na prestação jurisdicional e, conseqüentemente, trazendo impactos em diversos institutos processuais.

Referências

ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo; Vol. 191, p. 299, Jan. 2011.

CÂMARA, Freitas, Alexandre. **O Novo Processo Civil brasileiro**. 4ª ed. Atlas, 2018. [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014426/>>.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

COSTA, Ana Carolina Pazin. **Da Produção Antecipada da Prova como Modelo Autônomo no Código de Processo Civil de 2015**. In: *Produção Antecipada da Prova: Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. 2. ed. Editora Thoth. 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. *apud* FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. Ed. Saraiva, 2012.

- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do processo e processo de conhecimento**. Vol 1. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de processo civil**. Vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR, Fredie. **Produção Antecipada de Prova**. In: *Produção Antecipada da Prova: Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. 2. ed. Editora Thoth. 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.
- GUARAGNI, Giovanni Vidal; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Produção Antecipada de Prova ou Ação Autônoma de Exibição de Documento: A Controvérsia sobre a Prova Documental no CPC/2015**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3.
- LIPPMANN, Rafael Knorr. **A “inédita” tutela do direito material (e autônomo) de acesso à prova**. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/Nucleo%20de%20Pesquisas%20Avançadas%20da%20EMAP/>>. Acesso em: 23 out. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. Vol. II. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES, José Frederico. **Da Fase Introdutória. Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 9. ed. Campinas/SP. Millennium Editora Ltda. 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo; Saraiva, 2015
- MITIDIERO, Daniel. **Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova**. Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº 1, jan/mar 2012.
- NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. Salvador/BA. JusPodivm, 2016.
- PISSINATI, Aniele; DUARTE, Radson Rangel F. **Produção Antecipada da Prova no Processo do Trabalho**. In: *Produção Antecipada da Prova: Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. 2. ed. Editora Thoth. 2019.
- TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Processo, vol. 260/2016, Out. 2016.
- TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum – vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. **Revista dos Tribunais** (São Paulo). Vol. 786, Abril/2001.

A legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóvel nos contratos regidos pela Lei nº 9514/97

Guilherme Lohmann Togni

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo
Especialista em Direito do Estado pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul
Professor das Faculdades João Paulo II –
Campus Passo Fundo*

Kátia Miglioli Castro

*Bacharel em Direito pelas Faculdades
João Paulo II – Campus Passo Fundo*

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade discutir a legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóveis em contratos de mútuo sem destinação específica para construção ou aquisição do bem. Para tanto, aborda os princípios contratuais correlatos ao problema de pesquisa, autonomia privada e boa-fé objetiva. Estuda-se a proteção constitucional atribuída ao bem de família. Ainda, apresenta os principais aspectos do instituto da alienação fiduciária, a partir de sua regulamentação legal na Lei nº 9.514/97. Por fim, analisa a jurisprudência do STJ acerca do tema.

Palavras-chave: Alienação fiduciária. Bem de família. Boa-fé objetiva. Autonomia privada.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the legitimacy of the guarantee of chattel mortgage of real estate in loan agreements without specific destination for construction or acquisition of the property. To this goal it addresses the contractual principles related to the research problem, private autonomy and objective good faith. The constitutional protection attributed to the family good is also studied. It also presents the main aspects of the institute of fiduciary

alienation, based on its legal regulation in Law 9.514 / 97. Finally, it analyzes the jurisprudence of the STJ on the subject.

Keywords: Fiduciary alienation. Family good. Objective good faith. Private autonomy.

Introdução

O presente trabalho tem como problema de pesquisa a legitimidade da alienação fiduciária de bem imóvel residencial nos casos em que a cláusula é estipulada para garantir contratos sem a destinação específica para a construção ou aquisição do imóvel.

Para a realização da pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, partindo-se das seguintes hipóteses: é legítima a garantia de alienação fiduciária oferecida voluntariamente pelo mutuário, ainda que o imóvel reúna as características de bem de família, sendo considerado atentatório à boa-fé objetiva o argumento em contrário; ainda que oferecida voluntariamente, a garantia de alienação fiduciária viola a proteção constitucional e legal conferida ao bem de família e, nesse sentido, por infringir normas de ordem pública, é ilegítima.

Para resolver tal questão, aprofunda-se, no primeiro tópico, o estudo dos princípios contratuais que poderão contribuir para a discussão proposta, a saber, a autonomia privada e a boa-fé objetiva, em especial, a modalidade “*nemo venire contra factum proprium*”

Na sequência, estuda-se o instituto da alienação fiduciária, a partir da sua regulamentação pela Lei nº 9.514/97, destacando-se a definição contida no seu artigo 22, que estabelece que alienação fiduciária é o “negócio jurídico pelo qual o devedor, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

No último tópico, analisa-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do tema, no sentido de verificar se uma das hipóteses apresentadas inicialmente tem sido confirmada na prática dos tribunais, bem como concluir qual é a posição majoritária da corte acerca do tema.

1 Princípios contratuais da autonomia privada e da boa-fé objetiva

Tendo como objeto de pesquisa o tema a alienação fiduciária em contratos mútuos garantidos por alienação fiduciária, mas

sem a finalidade específica de financiamento do próprio imóvel, bem como considerando os argumentos levados à apreciação do Poder Judiciário em ações que discutem a questão, o presente trabalho parte da análise dos princípios contratuais autonomia privada e a boa-fé objetiva. Considera-se, outrossim, que a compreensão desses conceitos é fundamental para delinear o alcance das hipóteses de pesquisa propostas, na medida em que, de um lado, o argumento é o de que a legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóvel estaria amparada pelo reconhecimento de que seu oferecimento está lastreado na autonomia da vontade, e eventual insurgência do proponente ofenderia a boa-fé objetiva; de outro, a ilegitimidade adviria de possível violação aos limites à livre manifestação de vontade decorrentes do reconhecimento da autonomia privada.

Nesse sentido, inicialmente, aborda-se o conceito de autonomia privada, diferenciando-o da noção de autonomia da vontade e autonomia privada, e, posteriormente, discute-se o conceito da boa-fé objetiva e suas modalidades.

1.1 Princípio da autonomia privada

De acordo com Tartuce (2017, p.628), é inafastável a importância da vontade sobre o instituto do contrato, na medida em que este é o negócio jurídico por excelência, sendo uma conquista histórica o reconhecimento do “respeito à palavra dada” como fonte obrigacional.

Como consequência desse reconhecimento, entendeu-se, inicialmente, por se atribuir predominância à vontade como elemento formativo das relações contratuais. Segundo Gonçalves (2019), o princípio da autonomia da vontade teve seu ápice na Revolução Francesa, quando a individualidade de cada homem foi predominante, até no campo contratual, onde o Estado não intervia nos contratos realizados, deixando às partes interessadas a liberdade para escolher com quem o contrato seria celebrado e quais pactos seriam ajustados. Essa liberdade é chamada de autonomia da vontade (Gonçalves, 2019, p. 40-41).

Gonçalves explica:

Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato. (Gonçalves, 2016, p. 737)

Atualmente, uma parcela significativa da doutrina propõe a substituição da noção de autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada, reconhecendo-se a existência de outros fatores como relevantes para a formação do contrato. Nesse sentido, Tartuce (2017, p.620-633) afirma que a vontade perde parte da importância que exercia no passado para a formação dos contratos, e outros critérios, de cunho particular (fatores psicológicos, econômicos, sociais) e imposições estatais ou legais (a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil) entram em cena para a concretização do instituto.

Para Amaral (2003), existe diferença conceitual entre autonomia da vontade e autonomia privada, sendo a primeira uma demonstração de “liberdade individual”, e a última, “um poder de criar nos limites da lei”.

Martins-Costa (2018) elucida que a diferença entre autonomia da vontade e privada é constantemente confundida, conceituando a autonomia privada como “poder de autorregulamentação, constituindo um fundamento da ação jurídico-privada”. Além disso, complementa citando que “autonomia não é átomo, é a aptidão a dar-se regras numa ordem social juridicamente numa ordem de relações jurídicas”.

De acordo com Tartuce (2017, p. 620-633), o princípio da autonomia privada traz limitações, principalmente relacionadas com a formação e o reconhecimento da validade dos negócios jurídicos, sem, no entanto, eliminar totalmente a autonomia privada ou a liberdade contratual, mas apenas reduzindo o seu alcance.

Nesta senda, entende-se que a noção de autonomia privada decorre da dupla liberdade da pessoa, a saber, a liberdade de contratar e liberdade contratual. Para Gagliano (2018, p.58), a primeira corresponde à possibilidade de celebrar contratos com determinada pessoa, ou seja, o poder de escolha com quem o contrato será realizado. O segundo, é a capacidade de ajustar as cláusulas contratuais conforme a necessidade. (Gagliano, 2018, p. 58)

Portanto, é dessa dupla liberdade (liberdade contratual e liberdade de contratar) que decorre a autonomia privada. Atualmente, porém, a manifestação da vontade exercida no exercício da liberdade contratual, como aponta Gonçalves (2016), sofre limitação pelo princípio da supremacia pública, que dita que deve prevalecer o interesse da sociedade perante o interesse individual.

Essa intervenção estatal seria uma forma de controlar as empresas, para assim não estabelecer no contrato cláusulas abusivas em cima daquele que está contratando, tendo em vista a superioridade financeira do contratado. Geralmente, tal contrato de adesão é visto em contratos do Direito do Consumidor (Branco, 2000).

Gonçalves (2016) afirma que as limitações ao contratar têm aumentado consideravelmente, ainda cita três aspectos em que se pode observar essas limitações:

A faculdade de contratar e de não contratar (de contratar se quiser) mostra-se, atualmente, relativa, pois a vida em sociedade obriga as pessoas a realizar, frequentemente, contratos de toda espécie, como o de transporte, de compra de alimentos, de aquisição de jornais e de fornecimento de bens e serviços públicos (energia elétrica, água, telefone etc.). O licenciamento de um veículo, por exemplo, é condicionado à celebração do seguro obrigatório. O Código de Defesa do Consumidor dispõe que o fornecedor de produtos e serviços não pode recusar atendimento às demandas dos consumidores, na medida de suas disponibilidades de estoque e em conformidade com os usos e costumes (art. 39, II). Também a liberdade de escolha do outro contraente (de contratar com quem quiser) sofre, hoje, restrições, como nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio e nos contratos submetidos ao Código do Consumidor. E, em terceiro lugar, o poder de estabelecer o conteúdo do contrato (de contratar sobre o que quiser) sofre também, hodiernamente, limitações determinadas pelas cláusulas gerais, especialmente as que tratam da função social do contrato e da boa-fé objetiva, do Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, pelas exigências e supremacia da ordem pública. (GONÇALVES, 2016, p. 738)

Nesta senda, a análise contemporânea da relevância da vontade para a formação e o reconhecimento da legitimidade dos contratos deve-se dar em conjunto com as considerações afetas à função social do contrato, conforme preceitua o artigo 421 do Código Civil.

Para Rizzardo (2019, p. 19), “o princípio da autonomia da vontade passou a se subordinar a função social do contrato”, complementando que, assim, “o interesse público deve prevalecer sobre o privado”.

Aponta Tartuce (2019) que a “função social dos contratos visa à proteção da parte vulnerável da relação contratual”. Sob tal ponto, há de se analisar que é o mesmo objetivo do princípio da autonomia privada. Para o autor, a “real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim, atender os interesses da pessoa humana”.

Além disso, Tartuce (2019) complementa que a função social do contrato se vincula à função social da propriedade e da dignidade humana.

De todo o exposto, tem-se que, atualmente, a vontade segue prestigiada como elemento preponderante na formação dos contratos, na medida em que, como afirma Tartuce (2017, p.629), o direito à contratação é inerente à própria concepção de pessoa humana. Todavia, são reconhecidos outros elementos que igualmente têm peso para a celebração e validade dos contratos, de modo que essa liberdade poderá ser exercida desde que respeitados esses fatores, decorrentes da função social do contrato.

Neste sentido, pode-se ainda diferenciar autonomia da vontade de autonomia privada, sendo a primeira a faculdade de contratar com quem for a outra parte, e autonomia privada, a liberdade de contratar, entretanto, observados os limites legais, o que importará para a discussão aqui proposta.

1.2 Princípio da boa-fé objetiva

Outro princípio contratual que importa ao presente estudo é o da boa-fé objetiva, na medida em que deve ser analisada a conduta daquele que, após firmar o contrato, busca eximir-se de parte das obrigações assumidas.

De acordo com Tartuce (2017, p. 642-643), uma das alterações introduzidas pelo Código Civil de 2002 refere-se à previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não havia no CC de 1916. A boa-fé anteriormente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, conceituada como boa-fé subjetiva, pois mantinha relação direta com aquele que ignorava um vício com a pessoa, bem ou negócio.

Com efeito, com a positivação, entende-se que o instituto alcança nova compreensão no direito brasileiro.

Nessa senda, como assevera Gagliano (2018), é possível identificar duas categorias do princípio: boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. O autor conceitua a boa-fé subjetiva como um estado de ânimo, elemento psicológico do negócio jurídico, que age sem ter o conhecimento da situação, conforme o texto transcrito:

Em geral, esse estado subjetivo **deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância**, como ocorre na hipótese do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula a sua posse. Nesse caso, o próprio legislador, em vários dispositivos, cuida de ampará-lo, não fazendo o mesmo, outrossim, quanto ao possuidor de má-fé (arts. 1.214, 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.220, 1.242, do CC/2002). (Gagliano, 2018, p. 89, grifo nosso).

Além disso, o mesmo autor conceitua boa-fé objetiva como instituto em razão do qual as partes contratantes restam obrigadas a adotar determinados padrões de conduta durante todas as fases do contrato.

Gonçalves (2018) diferencia a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva, sendo aquela “a concepção ética da boa-fé” e esta como “concepção psicológica”.

Por seu turno, Theodoro Júnior (2014) conceitua a boa-fé subjetiva como o “estado de espírito do agente frente à situação que envolve o fato ou negócio jurídico” e a objetiva como o homem deve agir em determinadas situações.

De acordo com Gonçalves (2018), “o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato”.

Azevedo (2019) aponta que a boa-fé “deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na celebração, na execução e na extinção do contrato”.

Ao abordar a boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor, Martins-Costa (2018) explica que há relações obrigacionais assimétricas às relações onde há posições contratuais desiguais. Ainda, complementa que a assimetria pode ser pelo poder ou pela vulnerabilidade, concluindo que, para amenizar tal desigualdade, o princípio da boa-fé objetiva consta a função corretora, para assim promover uma equi-

paração entre as partes do contrato, esta função dá limite ao exercício jurídico.

Rizzardo (2019) retrata a boa-fé objetiva como os contratantes devem agir, sendo por meio da “lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e da clarividência dos direitos e deveres”.

No que diz respeito à boa-fé objetiva, Martins-Costa (2018) menciona que não é estar de boa-fé, complementa que tal análise é de modo dificultoso, a saber, se o indivíduo agiu de forma que o princípio preceitua, pois é, de certa maneira, um conceito vago. Continua explicando:

O agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional. (MARTINS-COSTA, 2018, p.43)

No direito positivo brasileiro, o princípio da boa-fé vem expresso no CC, no CDC e CPC. O Código Civil expressamente acolhe a boa-fé como princípio nos artigos 113, 422 e 187 do Código Civil de 2002. No Código de Defesa do Consumidor, é preceituado o princípio da boa-fé no artigo 4º, inciso III. No Código de Processo Civil de 2015, foi fundamentado o princípio nos artigos 5º e 6º. Ainda no Código do Processo Civil, em seu artigo 489, podemos visualizar o princípio da boa-fé. Nele, coloca-se a necessidade de o juiz respeitar tal princípio no momento em que relatar a sentença.

Ao elencar os artigos que mencionam o princípio, Martins-Costa aponta algumas especificidades, além, de suas respectivas funções:

Em vista das normas do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva se põe, expressamente, como metro para a aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (art. 187); como cânone de interpretação dos negócios (art. 113); e como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (art. 422). (MARTINS-COSTA, 2018, p. 45)

Portanto, ao analisar a legislação brasileira, podemos verificar que, de modo esparso, encontramos o princípio da boa-fé objetiva legislado, sendo de extrema importância a compreensão da função. Foram estudadas as doutrinas de diversos autores para assim se ter um conhecimento acerca do assunto, tratando-as a seguir.

A boa-fé objetiva tem algumas funções perante os contratos, quais sejam, conforme Gagliano (2018) cita: “a) função interpretativa e de colmatação; b) função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção; c) função delimitadora do exercício de direitos subjetivos”.

A função interpretativa está prevista no artigo 113, que preceitua que todos contratos, ao serem redigidos e lidos, devem ser interpretados colocando a boa-fé em primeiro lugar. Tartuce (2019, p.102) expõe: “Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, particularmente dos contratos”.

A segunda função do princípio da boa-fé, refere-se à função criadora de deveres jurídicos, também conhecida como função integrativa, é elencada no artigo 422 do Código Civil.

Por último, a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos, chamada de função de controle, tipificada no artigo 187 do Código Civil, seria para controlar o abuso do direito. Tartuce (2019, p. 103) minuciosa que “o abuso de direito é cometido por aquele que contraria a boa-fé”, em conformidade com Gagliano, que explica tal função como “é o exemplo do dispositivo contratual que preveja a impossibilidade de se aplicarem as normas da teoria da imprevisão (da onerosidade excessiva) em benefício da parte prejudicada”.

Na visão de Theodoro (2014), a função integrativa “estabelece-se a obrigação acessória de agir segundo os princípios de probidade e boa-fé, independentemente da previsão dessa conduta nas cláusulas do contrato”.

Como citado anteriormente, é substancial, ao falar do princípio da boa-fé objetiva, ter conhecimento sobre os institutos *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, *exceptio doli* e *venire contra factum proprium*.

Tartuce (2019) destaca que tais conceitos são utilizados como função integrativa do princípio. Ainda, complementa conceituando *supressio* como a renúncia tácita de um direito pelo seu não exercício.

Já Gagliano (2018) expõe que *supressio* consiste na “perda de um direito pela falta de seu exercício por razoável lapso

temporal", complementando que seria um comportamento omissivo.

Diferenciando de *surrectio*, que seria o surgimento de um direito devido aos costumes e práticas de acordo com Tartuce (2019), mesma visão do autor Gagliano (2018), que expõe que a *surrectio* é o outro lado da moeda da *supsessio*.

Outrossim, Gonçalves (2019) aponta que o instituto *surrectio* acarreta o nascimento de um direito em razão da continuada prática de certos atos.

Continuando os estudos referentes aos desdobramentos do princípio da boa-fé objetiva, Tartuce (2019) complementa referindo-se ao *tu quoque*, quando o contratante viola uma norma jurídica, não podendo, desta forma, se beneficiar da violação. Gonçalves, em sua doutrina, salienta que o desdobramento *tu quoque* veda que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo. Gagliano (2018), por sua vez, aponta que tal instituto aparece também quando a parte não cumpre sua obrigação no contrato, não podendo, assim, exigir da outra parte a contraprestação.

Ao falar de *exceptio doli*, Tartuce (2019) conceitua como a "defesa do réu contra ações dolosas, contrárias à boa-fé" enquanto Gagliano (2018) suatenta que tal desdobramento consiste em "sancionar condutas em que o exercício do direito tenha sido realizado com o intuito, não de preservar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte contrária".

Temos também o desdobramento com a máxima *venire contra factum proprium*, a expressão latina significa proibição de comportamento contraditório, sendo uma má-fé objetiva, conforme expõe Venosa (2018), em sua doutrina, ainda, complementa que tal comportamento se apresenta como uma conduta ilícita.

Gagliano (2018) conceitua como a vedação do comportamento contraditório, acrescenta que o instituto proíbe que uma pessoa "pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta".

Com igualdade, Tartuce (2019) alude em sua doutrina que "determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva".

Tais desdobramentos da boa-fé objetiva auxiliam os magistrados a analisar fatos concretos no âmbito judicial (Tartuce, 2019).

De todo o exposto, entende-se que há diferença nas noções de boa-fé objetiva e subjetiva. Por boa-fé objetiva, deve-se

compreender a obrigatoriedade de atendimento a determinados padrões de comportamento por parte dos contratantes, tanto nas fases de tratativa e formação do contrato, quanto por boa-fé subjetiva, um conceito de matriz psicológica acerca da conduta do contratante.

Nesse sentido, a discussão proposta deve ser travada levando-se em conta o conceito de boa-fé objetiva, em especial na modalidade “*nemo venire contra factum proprium*”, em razão do qual se veda o comportamento contraditório do contratante, na medida em que se examina a conduta daquele que, após o oferecimento de bem imóvel em garantia de alienação fiduciária, busca eximir-se de obrigações incidentes por ocasião do inadimplemento, ao argumento da ilegitimidade dessa modalidade de garantia.

2 Alienação fiduciária de imóvel

Para continuar a discussão referente à legitimidade da alienação fiduciária de bem imóvel, neste tópico será analisado o instituto da alienação fiduciária, a partir do histórico de sua previsão legal no Brasil, sua definição doutrinária e legal estipulada na Lei nº 9514/97, bem como o procedimento de consolidação da propriedade de imóvel.

2.1 Conceito e disciplina legal

De acordo com Chalhub (2019), o instituto “alienação fiduciária” foi instituído no Brasil oficialmente em 1965, com a Lei nº 4.728, a chamada Lei de Mercado de Capitais, embora, antes disso, ter tido uma tentativa com o projeto de Lei nº 3.362, de 1957. Todavia, a Lei de 1965 acolheu apenas os bens móveis para fins de garantia real, vindo somente em 1997, com a Lei nº 9.514, ser incluída a garantia de alienação fiduciária de bens imóveis em financiamentos imobiliários, e tão somente em 2004, pela Lei nº 10.931, começou a ser aceito em outros tipos de operações financeiras diversas.

O instituto “alienação fiduciária em garantia” foi estabelecido primeiramente nas vendas de eletrodomésticos e carros e, mais tarde, tentando abranger o comércio brasileiro, começou a ser usado na garantia de vendas de imóveis (Martins, 2019).

De acordo com Coelho (2017), por alienação fiduciária, entende-se o negócio em que uma das partes (fiduciante), proprietária de um bem, aliena-o em confiança para outra (fiduciário),

que, por sua vez, se obriga a devolver-lhe a propriedade do mesmo bem nas hipóteses previstas em contrato.

No direito brasileiro, atualmente, a alienação fiduciária está disciplinada nos seguintes dispositivos legais: artigo 66-B da Lei nº 4.728/65, a qual trata da alienação fiduciária em garantia de contratos celebrados no âmbito do mercado de capitais ou em garantia de créditos fiscais ou previdenciários; Decreto-Lei nº 911/69, norma de natureza processual sobre alienação fiduciária; artigo 17, inciso II da Lei nº 9514/97 e 66-B§4º, os quais tratam da alienação fiduciária de títulos de crédito, denominando-a de cessão fiduciária; artigos 1361 a 1368 do Código Civil, que estabelecem sobre a propriedade fiduciária de bens móveis; artigos 22 a 33 da Lei nº 9514/97, os quais regulam a alienação fiduciária de bens imóveis, objeto do presente estudo.

A alienação fiduciária de bens imóveis é objeto de definição no artigo 22 da 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.

Na fidúcia, “o devedor transmitia a propriedade de um bem para o credor”, de forma que houvesse assim a garantia que o credor receberia aquilo que era devido (LOPEZ, 2004).

Scavone (2018) define como “negócio mediante o qual o devedor (fiduciante) transmite a propriedade imobiliária ao fiduciário (credor), em garantia da dívida assumida pela aquisição de imóvel”.

A alienação fiduciária é considerada por Coelho (2017) sempre um negócio-meio, ou seja, para concretizar o contrato principal, existirá a alienação fiduciária, que seria o contrato acessório. Ainda, o autor conceitua-o como um “contrato instrumental, em que o devedor, para garantia de suas obrigações, aliena ao credor a propriedade de um bem” (Coelho, 2017, p.428).

Calhum (2019) define como um “direito acessório” e aponta que o contrato do empréstimo seria o contrato principal. Sendo assim, “só é transmissível por efeito da transmissão do crédito, de acordo com o princípio o qual o acessório segue o principal”.

Em sentido contrário, Teixeira (2019) não considera um contrato acessório, referindo a alienação fiduciária em garantia como uma cláusula contratual.

Teixeira (2019) conceitua como: “uma garantia em favor de quem financia a venda de bens a prazo” e, ainda, complementa elucidando:

Dessa forma, o bem é alienado em fidúcia (garantia) em favor do financiador-credor (fiduciário), que passa a ter a posse indireta e o domínio resolúvel, independentemente da tradição do bem; enquanto o comprador-devedor (fiduciante) passa a ser possuidor direto e depositário do bem. (TEIXEIRA, 2019, p. 359)

Martins (2019) define a alienação fiduciária como “operação em que, recebendo alguém financiamento para aquisição de bem móvel durável, aliena esse bem ao financiador, em garantia do pagamento da dívida contraída”. Além disso, acrescenta diferenciando as partes no contrato: “A pessoa que recebe o financiamento e aliena o bem em garantia tem o nome de alienante ou fiduciante; o credor ou financiador que adquire o bem em garantia é chamado fiduciário”.

Em suma, a alienação fiduciária em garantia é um contrato acessório, utilizado por aqueles que, ao realizar a aquisição, seja bens móveis ou imóveis, não pode ou não quer pagar à vista, e para viabilizar a compra a crédito, oferece em garantia o bem adquirido para a instituição que lhe deu o empréstimo (Gonçalves, 2016).

Entretanto, Gonçalves faz a seguinte ressalva:

nada impede do fiduciante já seja proprietário de um bem, e, precisando de dinheiro, contrate com o fiduciário no sentido de passar a este a propriedade fiduciária desse bem, para, em contrapartida, receber determinado valor, que será pago em parcelas. (GONÇALVES, 2016, p. 139)

O bem móvel ou imóvel tem especificidade resolúvel, ou seja, ao que o fiduciante quita sua dívida com o fiduciário, resolve-se a propriedade, voltando ao devedor a propriedade do bem alienado (Scavone, 2018).

No presente trabalho, o objeto de pesquisa é o instituto alienação fiduciária em bens imóveis, utilizando especificamente a Lei nº 9.587/97.

Para Dantzger (2010), o instituto alienação fiduciária de bens imóveis foi criado a fim de fomentar o mercado imobiliário, que,

na época, passava por crises, mencionando que o intuito da legislação foi aumentar os investimentos no setor, possibilitando, desse modo, uma “maior solidez do setor imobiliário”. O autor complementa ainda que a alienação fiduciária “oferece ao credor uma garantia que lhe dê a certeza da recuperação do capital investido”.

Ao ser realizado o contrato acessório de alienação fiduciária em garantia, é necessário seguir algumas regras, ou seja, determinados itens são indispensáveis a serem redigidos, é o que estabelece o artigo 24 da Lei nº 9514/97, sobre os quais Scavone (2018) cita: “Seja qual for a escolha, nos termos do precitado artigo, esse instrumento deverá observar os requisitos do art. 24, da Lei 9.514/1997” (SCAVONE, 2018, p. 545).

No mesmo sentido, Martins (2019) elenca os elementos necessários à estimulação de negócio jurídico de Alienação Fiduciária:

Deve o instrumento de alienação fiduciária em garantia conter, além de outros dados julgados necessários para o esclarecimento da operação, **o total da dívida ou sua estimativa, o local e a data do pagamento, a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida, e, eventualmente, a cláusula penal** e estipulação da correção monetária, com a indicação dos índices aplicáveis, além da **descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação** (entre outros elementos: art. 1.362 do Código Civil; art. 24 da Lei nº 9.514/1997). (MARTINS, 2019, p.153) (grifo nosso)

O tema a ser discutido neste trabalho é exposto por Calhum (2019), que aponta que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel não é restrita ao Sistema de Financiamento Imobiliário, podendo ser utilizada em contratos de empréstimos em geral. Nesse sentido, Calhum (2019) expõe:

a lei que regulamenta essa garantia não tem sentido restritivo, permitindo, ao contrário, que **a propriedade fiduciária de bem imóvel seja constituída para garantia de quaisquer obrigações**, pouco importando o fato de ter sido regulamentada no contexto de uma lei na qual prepondera a regulamentação de operações típicas dos mercados imobiliário, financeiri-

ro e de capitais. São nesse sentido as disposições do § 1º do art. 22 da Lei 9.514/1997, pelo qual a alienação fiduciária pode ser contratada por qualquer pessoa, física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no sistema de financiamento imobiliário, e o art. 51 da Lei 10.931/2004, que permite a constituição de propriedade fiduciária para garantia de quaisquer obrigações, em geral. (CALHUM, 2019, p.256) (grifo nosso)

Além disso, Calhum (2019) refere que o artigo 51 da Lei nº 9514/97 estabelece que a “propriedade fiduciária de imóvel integra o sistema dos direitos reais de garantia”. Dessa maneira, a contratar um crédito, oferecendo em garantia um bem imóvel, o fiduciante dá ao fiduciário a faculdade, caso haver inadimplemento, de vender o bem alienado, extinguindo, assim, o contrato principal (contrato de empréstimo/compra e venda).

O mesmo autor esclarece como ocorrem os procedimentos para caso haver inadimplemento do devedor, sendo dever do Registro de Imóveis realizar as providências cabíveis para notificar o fiduciante, sendo elas expostas no artigo 26 da Lei nº 9.514/97.

Caso, após a notificação de mora, o devedor não efetuar o pagamento do débito, acontece o fenômeno de consolidação da propriedade. Tal procedimento não necessita de intervenção judicial, tendo em vista a natureza resolúvel da propriedade.

O devedor terá 15 dias após a notificação realizada pelo Registro de Imóveis, que, caso não ocorra a purga da mora, registrará a consolidação da propriedade dada em garantia em nome do fiduciário, após este fazer a comprovação de pagamento do imposto de transmissão.

Ao concluirmos este tópico, ressaltamos que, ao não quitar sua dívida, o devedor fica como inadimplente absoluto, e sua propriedade oferecida em garantia, que até o momento era considerada resolúvel, confirma-se agora como propriedade do credor. (Bresolin, 2013)

2.2 Contratos de mútuo no Sistema Financeiro da Habitação e no Sistema Financeiro Imobiliário

Após o estudo acerca do instituto Alienação Fiduciária em garantia de bens imóveis, cumpre analisar no presente tópico os sistemas financeiros nos quais o instituto é utilizado de maneira

predominante, a saber, Sistema Financeiro da Habitação e Sistema Financeiro Imobiliário.

De acordo com Bresolin (2013), o Sistema Financeiro de Habitação foi instituído na legislação brasileira pela Lei nº 4.380/64, enquanto o Sistema Financeiro Imobiliário surgiu com a Lei nº 9.574/97, sendo até a atualidade utilizados.

O Sistema Financeiro de Habitação esteve em máxima utilização nos anos 1970, quando, segundo Bresolin (2013), teve mais de quatrocentas mil unidades residenciais por ano. Ainda, o autor refere que tal instituto teve um declínio no início dos anos 1980, pois a intervenção estatal era feita de forma exagerada, tendo alcance na forma e nos valores pagos pelos mutuários, juntamente com a inflação que acarretava o país na época.

Amaral (2017) afirma que a instauração do Sistema Financeiro Habitacional tinha como propósito estabelecer uma política referente à habitação, realizando, assim, um planejamento territorial, para haver um estímulo no financiamento da casa própria.

No mesmo sentido, Rodrigues (2005) afirma que o Sistema Financeiro Habitacional foi elaborado pelo governo, em 1964, a fim de promover a construção da casa própria. Ainda, complementa citando os componentes como o Banco Nacional da Habitação e as Sociedades de Crédito Imobiliário.

No Sistema Financeiro Habitacional, é possível fazer a utilização de valores do FGTS e da poupança, o que na época de sua instauração, provocou seu grande crescimento. A forma de garantia real dada ao credor no Sistema Financeiro Habitacional era a hipoteca (Bresolin, 2013).

A Resolução nº 4.676 do Banco Central do Brasil, a qual dispõe sobre os Sistemas Financeiros Brasileiros, dispõe em seu artigo 3º o objetivo do Sistema Financeiro Habitacional, e, também, define quais entidades financeiras podem integrar o Sistema.

Ademais, na mesma resolução, em seu artigo 4º, fica definido que o Sistema Financeiro Imobiliário tem como função “promover financiamentos imobiliários em geral”.

Com a decadência do Sistema Financeiro Habitacional, foi instaurado no Brasil o Sistema Financeiro Imobiliário, no qual, diferentemente do primeiro, a garantia real dada ao credor não é a hipoteca, e sim a Alienação Fiduciária, que, como já dito neste trabalho, dá mais segurança ao credor (Rodrigues, 2005).

Bresolin (2013) elenca outras diferenças entre os sistemas, quais sejam, as formas de obtenção de recursos e a baixa intervenção estatal. Ainda, o autor destaca que o objetivo do Siste-

ma Financeiro Imobiliário não é somente habitacional, e sim imobiliário em geral.

Assim sendo, sabendo agora as diferenças do Sistema Financeiro Habitacional e do Sistema Financeiro Imobiliário, destaca-se que, para o presente trabalho, o Sistema Financeiro utilizado para contratos de crédito para obrigações em geral, e não somente para construção ou aquisição da casa própria, é o Sistema Financeiro Imobiliário, o qual, como já referido, tem como garantia real a Alienação Fiduciária.

3 A legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóvel

Nos tópicos anteriores, foram debatidos os temas que atualmente têm embasado a discussão judicial acerca da questão que compõe o objeto de pesquisa, a legitimidade da cláusula contratual que estabelece a garantia de alienação fiduciária de imóvel em contratos de mútuo de obrigações, sem especificidade de construção ou compra de casa.

Neste capítulo, serão analisados julgados recentes do STJ, explorando os principais argumentos das decisões, debatendo-as com os principais institutos vistos no decorrer do trabalho, a fim de verificar qual tese tem sido majoritariamente adotada pela referida Corte.

3.1 Legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóvel à luz da autonomia privada e da boa-fé objetiva

Ao ser efetuado um negócio jurídico, deve-se ater à importância da prevalência dos princípios constitucionais da boa-fé objetiva e da autonomia da vontade.

Primeiramente, ao pensar em compactuar um contrato com alguma instituição financeira, ou pessoa diversa, está sendo empregado o princípio da autonomia da vontade. Este dá o poder, segundo Gonçalves (2016), de realizar, por espontânea vontade, um negócio jurídico, seja com quem for, na forma que se quiser.

Tartuce (2019) aponta a autonomia da vontade como a razão de um contrato nascer, sendo aquela um fator intrínseco do ser humano. Ele complementa, diferenciando a liberdade de contratar com a liberdade contratual, sendo esta última de interesse para o presente trabalho.

Portanto, a liberdade contratual é, como dito no primeiro capítulo, o exercer do ser humano no conteúdo do negócio ju-

rídico. Neste âmbito, seria o poder do contratante oferecer como garantia da alienação fiduciária o bem que ele dispuser, porém, esta liberdade não é ampla, apresentando restrições, conforme dispõe o princípio da ordem pública. Tartuce (2019) sustente ainda, que este é um dos motivos da mudança de nomenclatura de autonomia da vontade por autonomia privada.

Rizzardo (2019) atribui a autonomia privada como “as declarações que se completam”, ou seja, um deve declarar que quer realizar o contrato, e o outro deve declarar que aceita o contrato. Acrescenta aludindo que “o princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Comercial a liberdade de contratar”.

Outrossim, Rizzardo (2019) refere que a autonomia privada se materializa nos seguintes aspectos: “a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato”.

Pode-se extrair da linha de pensamento dele que, ao efetivar sua liberdade de contratar, está sendo exercido o direito de requerer os resultados que tem interesse. Contudo, deve-se exercer tal direito, respeitando o limite legal imposto para isso.

Outro princípio de extrema importância, que, ao ler os julgados a seguir, verifica-se com nitidez, é o da boa-fé objetiva e sua máxima “*venire contra factum proprium non protest*”, este conceituado por Tartuce (2019) como “determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior”. Logo, enquanto as partes do contrato estavam em atos constitutivos do mesmo, a parte contratante se utilizou de uma conduta, não podendo, quando executado, se abster-se desta conduta alegando que o imóvel, que até então poderia ser dado como garantia, não pode mais, pois era bem de família.

Nesta mesma esfera, Rizzardo (2019) afirma que “o credor e o devedor devem colaborar, um ajudando o outro na execução do contrato”.

Sendo extremamente importante tal fundamento, o tema virou enunciado na IV Jornada de Direito Civil, sendo: “Enunciado nº 362 Conselho da Justiça Federal”, segundo o qual “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

Portanto, tal máxima conceitua de forma branda o princípio da boa-fé objetiva, não tendo como, primeiro, agir de uma forma, e após, quando perceber que aquele ato é prejudicial,

tentar voltar atrás, deixando a outra parte em uma situação de dificuldades.

Nesta senda, apresenta-se aqui a primeira hipótese: o oferecimento em garantia de alienação fiduciária de imóvel é exercício da autonomia privada. Nesse sentido, não há que se falar em óbice decorrente de questão de ordem pública, em especial advinda da proteção constitucional conferida ao bem de família, porque a estipulação da cláusula ocorreu de maneira voluntária. Ainda, é dever do contratante observar os princípios que informam a celebração de contratos, em especial o da boa-fé objetiva, modalidade "*nemo venire contra factum proprium*", o qual veda comportamentos contraditórios.

Tal tese foi amparada na jurisprudência do STJ, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.461.301/MT¹.

No caso do referido Recurso Especial, as partes pactuaram em acordo homologado judicialmente o oferecimento do bem em garantia de alienação fiduciária, para, assim, o credor prorrogar o prazo para pagamento, após, o devedor não conseguiu satisfazer o crédito, veio arguir a impenhorabilidade do bem imóvel, sendo, portanto, comportamento contraditório ao oferecimento:

...Com efeito, no caso em análise, o executado agiu em descompasso com o princípio *nemo venire contra factum proprium*, adotando comportamento contraditório, num momento ofertando o bem à penhora e, no instante seguinte, arguindo a impenhorabilidade do mesmo bem.

Outro julgado que consagra o dogma do "*nemo venire contra factum proprium*" é o acórdão no Recurso Especial nº 1.364.509/RS². Neste caso concreto, os devedores, ao serem citados para a execução, fizeram doação ao filho menor de idade,

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

restando aos ministros do STJ essa ação como má-fé dos executados, pois, ao doar seu único bem imóvel, declaram tacitamente que aquele bem não lhe serve mais, não podendo, assim, suscitar a proteção da Lei nº 8.009/90.

Portanto, analisando tais julgados, podemos assimilar de melhor maneira os institutos estudados que projetam a admissibilidade da garantia da alienação fiduciária.

3.2 Ilegitimidade da garantia de alienação fiduciária à luz da proteção ao bem de família

Ao analisar os julgados que invalidam a garantia de alienação fiduciária de bem imóvel considerado bem de família em contratos não abrangidos pelo Sistema Financeiro Imobiliário, pode-se observar a proteção à moradia, prevalecendo a limitação da autonomia privada, como citado anteriormente, dando ênfase à ordem pública.

Rizzardo (2019) conceitua lei de ordem pública como “aquela que entende com os interesses essenciais do Estado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade”, portanto, na legislação brasileira, é defeso a renúncia de direito de ordem pública, sendo assim considerado a proteção ao bem de família dado pela Lei nº 8.009/90.

A segunda hipótese, então, é a de que o exercício da autonomia privada resta limitado na estipulação de garantia de alienação fiduciária de imóvel residencial, na medida em que a proteção legal conferida ao bem de família é norma cogente e, portanto, é irrenunciável pelas partes contratantes.

² DIREITO CIVIL. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO DADA AO BEM DE FAMÍLIA. Deve ser afastada a impenhorabilidade do único imóvel pertencente à família na hipótese em que os devedores, com o objetivo de proteger o seu patrimônio, doem em fraude à execução o bem a seu filho menor impúbere após serem intimados para o cumprimento espontâneo da sentença exequenda. De início, cabe ressaltar que o STJ tem restringido a proteção ao bem de família com o objetivo de prevenir fraudes, evitando prestigiar a má-fé do devedor. Nesse sentido: “o bem que retorna ao patrimônio do devedor, por força de reconhecimento de fraude à execução, não goza da proteção da impenhorabilidade disposta na Lei nº 8.009/90” (AgRg no REsp 1.085.381-SP, Sexta Turma, DJe de 30/3/2009); “é possível, com fundamento em abuso de direito, afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90” (REsp 1.299.580-RJ, Terceira Turma, DJe de 25/10/2012). Nessa conjuntura, a doação feita a menor impúbere, nas circunstâncias ora em análise, além de configurar tentativa de fraude à execução, caracteriza abuso de direito

Neste sentido, ao julgar o Recurso Especial nº 1.141.732/SP³, o relator afirmou que tal benefício de impenhorabilidade não se deve ser renunciado por escolha do contratante, pois trata-se de princípio de ordem pública, ou seja, não se pode indispor de tal direito. Ainda, aludiram que a impenhorabilidade do bem de família só deve ser casos de exceção, sendo dogmático que somente quando haver a violação do princípio da boa-fé objetiva.

Nessa mesma seara, no agravo regimental nº 537034/MS, o relator Ministro Raul Araújo decidiu que a Lei nº 8.009/90 é de ordem pública, sendo impossibilitada sua renúncia ao direito de impenhorabilidade do bem de família⁴. No Recurso Especial nº

apto a afastar a proteção dada pela Lei 8.009/1990. Com efeito, nenhuma norma, em nosso sistema jurídico, pode ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. No que tange à aplicação das disposições jurídicas da Lei 8.009/1990, há uma ponderação de valores que se exige do Juiz, em cada situação particular: de um lado, o direito ao mínimo existencial do devedor ou sua família; de outro, o direito à tutela executiva do credor; ambos, frise-se, direitos fundamentais das partes. Trata-se de sopesar a impenhorabilidade do bem de família e a ocorrência de fraude de execução. Assim, é preciso considerar que, em regra, o devedor que aliena, gratuita ou onerosamente, o único imóvel, onde reside a família, está, ao mesmo tempo, dispondo da proteção da Lei 8.009/1990, na medida em que seu comportamento evidencia que o bem não lhe serve mais à moradia ou subsistência. Do contrário, estar-se-ia a admitir o *venire contra factum proprium*.

³ REsp nº 1.141.732/SP: CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OFERECIMENTO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE. 1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes. 2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei nº 8.009/90. 3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexecutível, esvaziando-a por completo. 4. Recurso especial a que se nega provimento.

⁴ A jurisprudência do STJ tem, de forma reiterada e inequívoca, pontuado que o benefício conferido pela Lei 8.009/90 **trata-se de norma cogente, que contém princípio de ordem pública**, e sua incidência somente é afastada se caracterizada alguma hipótese descrita no art. 3º da Lei 8.009/1990 (GRIFO NOSSO).

1.395.275/MG⁵, foi definido, em decisão de tutela recursal, o impedimento de o banco registrar a consolidação na matrícula do imóvel, fundamentando-se no direito fundamental à moradia e na característica de ordem pública da Lei nº 8.009/90, não podendo assim a renúncia do direito de impenhorabilidade do bem de família. Entretanto, manteve o gravame da alienação no registro do imóvel, podendo, caso a residência perca a característica de bem de família, consolidar-se a propriedade.

⁵ RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRIGIDO CONTRA O INDEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PLEITEADA NO BOJO DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL - INSURGÊNCIA DOS DEMANDANTES. 1. A revisibilidade da tutela de urgência, no bojo do recurso especial, adstringe-se à alegação de ofensa direta e imediata aos preceitos normativos federais disciplinadores de tal medida. Isto porque a jurisprudência dominante desta Corte é no sentido de ser incabível, via de regra, o recurso especial que postula o reexame do deferimento ou indeferimento de medida acautelatória ou antecipatória, ante a natureza precária e provisória do juízo de mérito desenvolvido em liminar ou tutela antecipada, cuja reversão, a qualquer tempo, é possível no âmbito da jurisdição ordinária, o que configura ausência do pressuposto constitucional relativo ao esgotamento de instância, imprescindível ao trânsito da insurgência extraordinária (aplicação analógica da Súmula 735/STF, segundo a qual “ não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”). Ademais, sobressai o entendimento de que a análise do preenchimento dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (artigo 273 do CPC) reclama a reapreciação do contexto fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 2. Não se pode deixar de reconhecer, inclusive, a própria inaptidão do apelo nobre submetido à apreciação deste Colegiado, a considerar que não veicula, em suas razões, qualquer consideração acerca do atendimento aos pressupostos autorizadores da concessão da tutela antecipada, deixando de apontar, como seria de rigor, violação à correspondente norma de regência (artigo 273 do CPC). 2.1. Na hipótese em foco, os insurgentes cingiram-se a sustentar a ofensa aos artigos 1º e 3º da Lei 8.009/90, reputando nula a cláusula de garantia fiduciária dada ao empréstimo bancário em face da impenhorabilidade do bem de família. A insurgência, nestes termos veiculada, além de se confundir com o próprio mérito da demanda (decidido em sede provisória, ressalta-se), não tem o condão de infirmar a decisão indeferitória de antecipação de tutela, lastrada, ainda que implicitamente, no não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial não conhecido.

3.3 O entendimento majoritário do STJ acerca do tema

Ao analisar os julgados citados anteriormente, pode-se perceber que, majoritariamente, vem sendo reconhecida a validade do oferecimento de imóvel residencial em garantia de alienação fiduciária, à luz dos princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva.

Neste sentido, ao ditar o acórdão de segunda instância do processo nº 5001765-95.2013.4.04.7216⁶, o qual foi mantido no Recurso Especial nº 1.560.562-SC⁷, os desembargadores aludem que, ao contratar e oferecer de modo intencional o imóvel residencial, o contratante agiu de acordo com os princípios já estudados na presente monografia, sendo assim aplicável a exceção de impenhorabilidade prevista no artigo 3º, inciso V da Lei nº 8.009/90.

⁶ EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÕES LEGAIS. Na dicção do artigo 1º da Lei nº 8.009/90, o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, salvo exceções previstas na mesma Lei. No caso, os próprios autores, deliberadamente, ofereceram o imóvel constricto em garantia de contrato por instrumento particular de mútuo de dinheiro com obrigações e alienação fiduciária. Caso em que aplicável a exceção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei nº 8.009/90.

O princípio da boa-fé contratual impede seja o contrato utilizado para a prática de atividades abusivas que venham a causar prejuízos às partes ou a terceiros. Exige-se dos contratantes que ajam de forma leal, correta e proba durante todas as fases do contrato, sobretudo quanto ao esclarecimento das informações necessárias à formalização do contrato e ao cumprimento das suas finalidades. Quem oferece em garantia de contrato de financiamento bem que sabe ser impenhorável age com evidente má-fé.

⁷ DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONDUTA QUE FERRE A ÉTICA E A BOA-FÉ. 1. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 2. Ação ajuizada em 23/08/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é dizer se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 4. 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. 5. 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). 6. 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

Outrossim, complementam:

O princípio da boa-fé contratual impede seja o contrato utilizado para a prática de atividades abusivas que venham a causar prejuízos às partes ou a terceiros. **Exige-se dos contratantes que ajam de forma leal, correta e proba durante todas as fases do contrato**, sobretudo quanto ao esclarecimento das informações necessárias à formalização do contrato e ao cumprimento das suas finalidades. **Quem oferece em garantia de contrato de financiamento bem que sabe ser impenhorável age com evidente má-fé** (e-STJ fl. 187). (Ape- lação Cível nº 5001765-95.2013.404.7216/SC, grifo nosso)

Portanto, na visão dos desembargadores do referido acórdão, ao deliberar incluindo como garantia de alienação fiduciária o bem residencial, corrobora-se que, ao inadimplir o contrato, pode-se cumprir o acordo, consolidando a propriedade do imóvel, podendo assim a instituição financeira realizar o leilão ou adjudicar o bem garantido, sendo, por conseguinte, interpretação do TRT 4ª Região, considerado má-fé daquele que oferece o bem em garantia, e, depois, suscita ilegitimidade.

Bonis (2017), no mesmo sentido, afirma que a boa-fé objetiva deve ser parte da realização do contrato, durante a execução do contrato e após. Logo, por este ângulo, deve-se salientar que as partes do contrato discutido no processo supracitado, ao deliberar incluir o imóvel residencial, sendo ele único ou não da família, devem arcar com as consequências do inadimplemento da obrigação contraída.

Martins-Costa (2018) alude que a autonomia privada anda conjuntamente com a boa-fé objetiva, sendo que, ao ter o poder de decidir um ato em uma obrigação, assume um encargo, o qual deve ser definido nos parâmetros do princípio.

a eticidade, ínsitas às relações negociais. 7. 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. 8. 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. 9. Recurso especial conhecido e não provido.

Conforme preceitua Cruz (2013), a boa-fé objetiva “é regra de conduta social”, devendo o contratante agir com lealdade, a violação da boa-fé objetiva no caso de dar um imóvel como garantia, sabendo que aquele imóvel seria impenhorável, nesta seara, em uma possível execução, poder arguir tal instituto, ficando livre assim de futura execução.

A relatora Maria Cristina Saraiva Ferreira e Silva, no acórdão da apelação citada, iguala o instituto da hipoteca e alienação fiduciária, fundamentando seu voto, possibilitando a penhora do imóvel residencial, no artigo 3º, inciso V da Lei nº 8.009/90.

Outro caso que a relatora alega que, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, ao deliberar oferecendo o imóvel como garantia de um empréstimo, não é possível suscitar a impenhorabilidade no mesmo, é na apelação cível do processo nº 5042770-66.2013.404.7000/PR⁸, ainda colaciona a decisão referente ao princípio: “A análise do princípio da boa-fé requer exame das condições em que o contrato foi firmado, o nível socio-cultural dos contratantes, bem como do momento econômico e histórico de sua elaboração”, sendo defeso alegar ilegitimidade da garantia por não ter conseguido arcar com as contra-prestações.

Para Martins-Costa (2018), “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente”.

Ainda, no primeiro Recurso Especial citado, a relatora nos traz que deve haver uma cautela na proteção do bem de família, sendo vedado para proteger tal instituto a utilização da má-fé.

Logo, ao analisar os casos dos Recursos Especiais referidos anteriormente, adefere-se que na visão dos relatores, ao dar o imóvel como garantia de alienação fiduciária, não se pode após, suscitar a ilegitimidade da alienação, sendo considerado conduta contraditória dos contratantes.

⁸ REsp nº 1.560.562/SC: MÚTUO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM DE FAMÍLIA. 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 de regência. 3. A extensa 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. 3. Afastada a impenhorabilidade do imóvel garantidor da dívida.

No Recurso Especial nº 1.575.243/DF⁹, a relatora aponta que a impenhorabilidade do bem de família deve ser apreciada conforme a função interpretativa do princípio da boa-fé objetiva, sendo, desse modo, preponderante analisar cada caso, para, assim, não haver atos com o propósito de fraudar os credores.

Na fundamentação do referido julgado, igualmente verifica-se que restou consignado que o bem fora intencionalmente oferecido em garantia, não havendo nenhum vício no negócio jurídico, continua ainda, expondo que, em casos de ordem pública, deve ser considerada a atitude dos respectivos beneficiários, destarte, não há motivos, na visão do relator, para invalidar a garantia de alienação fiduciária.

No Recurso Especial nº 1.677.015/SP¹⁰, temos o bem de família convencional, aquele já debatido em capítulo anterior, há o

⁹ REsp nº 1.575.243/DF: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CPC/1973. EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. FRAUDE À EXECUÇÃO ANTERIORMENTE RECONHECIDA. INAPLICABILIDADE DA NORMA PROTETIVA. 1. Embargos à adjudicação opostos em 18/06/2012. Recurso especial interposto em 14/08/2014 e atribuído a esta Relatora em 02/09/2016. 2. Aplicação do CPC/73, a teor do Enunciado Administrativo n. 2/STJ. 3. O propósito recursal, para além da análise da negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir se o reconhecimento de fraude à execução, pela alienação do único imóvel dos executados a um de seus parentes, é causa de afastamento da garantia de impenhorabilidade do bem de família. 4. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento da alegada violação do art. 535 do CPC/73. 5. A indicação de violação genérica à lei federal, sem particularização dos dispositivos que teriam sido afrontados pelo acórdão recorrido, implica deficiência na fundamentação do recurso especial e atrai a incidência da Súmula 284/STF. 6. A regra de impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei 8.009/90 deve ser examinada à luz do princípio da boa-fé objetiva, que, além de incidir em todas as relações jurídicas, constitui diretriz interpretativa para as normas do sistema jurídico pátrio. 7. Nesse contexto, caracterizada fraude à execução na alienação do único imóvel dos executados, em evidente abuso de direito e má-fé, afasta-se a norma protetiva do bem de família, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação dos devedores em desconformidade com o cânone da boa-fé objetiva. Precedentes. 8. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, não provido.

¹⁰ 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.

registro público feito pela entidade familiar. Neste caso, os juízos de primeira e segunda instância invalidaram a garantia em alienação fiduciária, tendo em vista a incomunicabilidade e a impenhorabilidade registrada. Todavia, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino registrou a má-fé do casal, vindo contra o princípio que deveria ser seguido, e fundamentou sua decisão de legitimar a garantia, tendo em vista que não se confunde incomuni-

CONTRATO DE FACTORING. NULIDADE. QUESTÃO PRECLUSA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONDUTA 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, pugnano 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.

tabilidade com inalienabilidade. Entretanto, salienta que o prazo de 30 dias expostos na Lei nº 9.514/97 deve se ficar suspenso enquanto manter o título de bem de família.

Tendo em vista os julgados anteriormente citados, podemos verificar que há, de forma abrangente, julgados considerando legítima a garantia de alienação fiduciária do imóvel configurado como bem de família legítima, sendo as teses dos votos os princípios da boa-fé objetiva e autonomia privada. Portanto, ao contratante deliberadamente indicar o imóvel como garantia de um contrato de mútuo bancário, este deve arcar com as consequências em caso de inadimplemento da obrigação contraída, não podendo, desta forma, ter comportamento contraditório, conforme o princípio da boa-fé objetiva e sua máxima *venire contra factum proprium*.

Conclusão

O presente trabalho abordou, a partir do método hipotético-dedutivo, o problema de pesquisa da legitimidade da alienação fiduciária de bem imóvel de natureza residencial, nas hipóteses em que a cláusula é estabelecida para garantir contratos de mútuo sem destinação específica. Considerou-se, para fins de conclusão, a jurisprudência majoritária do STJ acerca do tema.

Foram apresentadas as seguintes hipóteses: é legítima a garantia de alienação fiduciária oferecida voluntariamente pelo mutuário, ainda que o imóvel reúna as características de bem de família, sendo considerado atentatório à boa-fé objetiva o argumento em contrário; ainda que oferecida voluntariamente, a garantia de alienação fiduciária viola a proteção constitucional e legal conferida ao bem de família e, nesse sentido, por infringir normas de ordem pública, é ilegítima.

Analisaram-se os princípios contratuais que contribuem com a discussão proposta, a saber, princípios da autonomia privada e boa-fé objetiva. Nesse sentido, conclui-se que, a manifestação da vontade, ainda que seja elemento preponderante na formação de relações jurídicas de natureza contratual, cede parte dessa importância a outros fatores de natureza psicológica, sociais e econômicas, bem como a restrições decorrentes de lei ou manifestações estatais relativas ao reconhecimento da função social do contrato. Com isso, entende-se que, é adequado sustentar a substituição da ideia de autonomia da vontade pela ideia de autonomia privada e, nesse sentido, entender que a

manifestação da vontade, em algumas situações, poderá encontrar limites em questões de ordem pública.

Ainda dentro do tema dos princípios contratuais atinentes à matéria, conclui-se que, o conceito de boa-fé que deve ser considerado como princípio contratual é o de boa-fé objetiva. Entende-se por boa-fé objetiva a existência de padrões de conduta esperados dos contratantes em todas as fases do negócio jurídico, ou seja, desde o momento da negociação, da efetiva negociação, até o cumprimento das obrigações assumidas. Isso implica aos contratantes a assunção de diversos deveres de comportamento, dentre os quais, destaca-se, pela sua estreita vinculação com o objeto de pesquisa, o de não se comportar contraditoriamente no curso da relação contratual.

Em seguida, estudou-se o instituto da alienação fiduciária, a partir da sua regulamentação pela Lei nº 9.514/97, ressaltando-se a definição contida no seu artigo 22, a qual estabelece que a alienação fiduciária é o “negócio jurídico pelo qual o devedor, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Desse estudo, deve ser salientado o fato de que a previsão legal não restringe a possibilidade de estipulação dessa modalidade de garantia apenas aos contratos destinados à aquisição ou construção de bens imóveis, o que conduz à conclusão de que a Lei nº 9514/97 não obsta a alienação fiduciária nos contratos sem a destinação específica anteriormente relatada.

No último tópico, analisa-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito do tema, no sentido de verificar se uma das hipóteses apresentadas inicialmente tem sido confirmada na prática dos tribunais, bem como concluir qual é a posição majoritária da Corte sobre o tema. Nesta senda, verificou-se haver julgados que acolhem a tese segundo a qual a autonomia privada encontra limite nas disposições que asseguram a proteção ao imóvel residencial da entidade familiar, mas que, majoritariamente, a Corte entende que viola o princípio da boa-fé objetiva a conduta do contratante que, após voluntariamente oferecer imóvel residencial em garantia de alienação fiduciária de contrato sem destinação específica da aquisição ou construção do bem, alega a nulidade da respectiva cláusula.

Nesse sentido, a conclusão é de que o atual entendimento é o da legitimidade da garantia de alienação fiduciária do imóvel residencial nos contratos regidos pela Lei nº 9514/97.

Referências

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Marcelo Quevedo do. **Transformações Administrativas**: A Caixa Econômica Federal, a Execução do Orçamento Geral da União e a Efetividade das Políticas Públicas. Curitiba: Juruá, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Diretoria Colegiada. Circular nº 4.676, de 31 de julho de 2018. Dispõe sobre os Sistemas Financeiros Brasileiros. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p.21-23. 2 de agosto de 2018.

BONIS, Fabián Elorriaga de. As atuais manifestações e limites da boa-fé objetiva na execução dos contratos: critérios de decisão para situações contratuais difusas. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, ano. 6, n. 16, p.145-168, set/dez. 2017.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, p.95-112, jan. 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4º Região). **Apelação Cível nº 5001765-95.2013.404.7216**. Lei 8.009/90. Direito civil. Recurso es-

pecial. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária. Alienação fiduciária de bem imóvel reconhecido como bem de família. Possibilidade. Conduta que fere a ética e a boa-fé. Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF. Recorrido Thomas Fernandes Lima. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Peirera. 07 de abril de 2015. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50017659520134047216&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=1>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1141732/SP**. Civil. Bem de família. Oferecimento em garantia hipotecária. Benefício da entidade familiar. Renúncia à impenhorabilidade. Recorrente: Euzino Soares Franco. Recorrido: Judite Maria Corra Alves. Relatora: Nancy Andrichi. 22 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12856380&num_registro=200901776471&data=20101122&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial imobiliária**: aspectos práticos. São Paulo, Atlas, 2013.

- COSTA FILHO, Venceslau Tavares; GUIMARÃES, Anne Gabriele Alves; FERREIRA, Juliana de Barros. Impactos do novo Código do Processo Civil sobre o regime jurídico das impenhorabilidades. **Revista Brasileira Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p.315-327, abr/jun. 2017.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Novo Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- CRUZ, Caroline Menegon da. A boa-fé objetiva no direito civil brasileiro. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p.87-121, jan. 2013.
- DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de bens imóveis**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: obrigações e contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Títulos de Créditos e Contratos Mercantis**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPEZ, Miguel Fernandez. **Os problemas dos direitos reais de garantia e a instituição da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. 2004. 16 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Unifacs, Salvador, 2004. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiq4Z6eyZzkAhUOHLkGHegECSwQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_janeiro2004%2Fdiscente%2Fdisco07.doc&usq=AOwVaw1Mbs3n8rUdJ2hb_bYXXTop>. Acesso em: 24 ago. 2019.
- MARCOLA, André Augusto. **A aplicabilidade da alienação fiduciária de bem imóvel nos contratos em geral**. 2009. 78 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí - Univali, Itajaí, 2009.
- MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: Contratos e Obrigações Comerciais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Critérios para para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- MORAES, Alexandre de et al. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RODRIGUES, Paulo Roberto. **O desenvolvimento do sistema financeiro imobiliário e da securitização de recebíveis imobiliários na redução do déficit habitacional brasileiro**. 2005. 79 f. Monografia (Especialização) - Curso de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no direito brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Empresarial Sistematizado: Doutrina, jurisprudência e prática**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.