



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO

PAULO ROBERTO BARROS CORREIA FILHO

**DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO: UMA
DISCUSSÃO ACERCA DA SUA CONSTITUCIONALIDADE**

CAMPINA GRANDE

2021

PAULO ROBERTO BARROS CORREIA FILHO

**DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO: UMA
DISCUSSÃO ACERCA DA SUA CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado a
Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadu-
al da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: prof^ª. D.ra Adriana Torres Alves de Jesus.

CAMPINA GRANDE

2021

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

C824d Correia Filho, Paulo Roberto Barros.

Da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício [manuscrito] : uma discussão acerca da sua constitucionalidade / Paulo Roberto Barros Correia Filho. - 2021.

33 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2021.

"Orientação : Profa. Dra. Adriana Torres Alves de Jesus, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Bem de família. 2. Isonomia. 3. Dignidade humana. 4. Direito à moradia. I. Título

21. ed. CDD 346.015

PAULO ROBERTO BARROS CORREIA FILHO

**DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO: UMA
DISCUSSÃO ACERCA DA SUA CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado a
Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadu-
al da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador: Dra. Adriana Alves Torres de Jesus

Aprovado em: 15/10/2021

BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Adriana Alves Torres de Jesus
(Orientadora)



Profa. Dra. Milena Barbosa de Melo
(Membro)

DocuSigned by:

Fabio Severiano do Nascimento

D04E493D15CF4A1...

Prof. Dr. Fábio Severiano do Nascimento
(Membro)

CAMPINA GRANDE, 2021

Ao meu pai e minha mãe pelo amor e paciência que sempre tiveram comigo, e à minha avó Maria (*in memoriam*) que sempre quis me ver bacharel em Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PANORAMA CONSTITUCIONAL E BEM DE FAMÍLIA	8
1.1 Dignidade da Pessoa Humana	9
1.2 Isonomia	9
1.3 Direitos Sociais	10
1.4 Direito à Moradia	11
1.5 Breves Palavras Sobre a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo	11
2 DO BEM DE FAMÍLIA	12
2.1 Introdução	12
2.2 Origem	13
2.3 O Bem de Família no Brasil	15
3 DO FIADOR LOCATÍCIO	16
3.1 Contrato de Fiança	16
3.2 Contrato de Locação	20
4 DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO	21
4.1 A Impenhorabilidade do Bem de Família do Fiador	21
4.2 Recurso Extraordinário nº 407.688-8 do STF e a Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador	24
5 METODOLOGIA	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS	31

**DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO: UMA
DISCUSSÃO ACERCA DA SUA CONSTITUCIONALIDADE**

**THE ATTACHMENT OF THE HOMESTEAD OF THE LOCATOR GUARANTOR:
A DISCUSSION ABOUT ITS CONSTITUTIONALITY**

Paulo Roberto Barros Correia Filho¹

RESUMO

O objetivo geral dessa pesquisa é analisar questões pertinentes à penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, que vem ocasionando diversas situações indesejadas de injustiça, e demonstrar a sua ilegalidade e inconstitucionalidade perante o sistema jurídico vigente em nosso país. A referida penhorabilidade viola princípios e direitos constitucionais básicos, como a isonomia e a dignidade humana, bem como contraria, também, premissas vigentes de direito civil, dentre as quais se cita a acessoriedade do contrato de fiança e a função social do contrato. Em fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, decidiu pela constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Porém, a questão continua polêmica, e através da análise detalhada dos institutos civis e constitucionais, a pesquisa procura explorar as divergências dos votos dos Ministros e diferentes posicionamentos. O método utilizado para a elaboração deste artigo foi o de pesquisa bibliográfica, na qual se analisou legislação, doutrina, artigos e jurisprudências referentes ao assunto.

Palavras-chave: Bem de família. Isonomia. Dignidade humana. Direito à moradia.

ABSTRACT

The general objective of this research aims to analyze issues pertinent to the attachment of the family property of the tenant guarantor, which has been causing several unwanted situations of injustice, and demonstrating its illegality and unconstitutionality before the legal system in force in our country. This attachment violates basic constitutional principles and rights, such

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
E-mail: paulo_correiafilho@hotmail.com

as isonomy and human dignity, as well as also contradicts the prevailing premises of civil law, among which is the access of the bail contract and the social function of the contract. In February 2006, the Supreme Court, in extraordinary appeal, ruled on the constitutionality of the attachment of the family asset of the tenant guarantor. However, the issue remains controversial and through the detailed analysis of civil and constitutional institutes the research seeks to explore the divergences of ministers' votes and different positions. The method used for the elaboration of this article was bibliographical research, in which legislation, doctrine, articles and jurisprudence related to the subject were analyzed.

Keywords: Homestead. Isonomy. Human dignity. Right to housing.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990, que dispõe acerca da impenhorabilidade do bem de família, prevê em seu artigo 3º algumas situações em que será admitida a penhora do imóvel residencial. Dentre elas, encontra-se disposto no inciso VII, que não se aplica a impenhorabilidade do bem de família “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Após a inserção do direito social fundamental à moradia na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 6º, através da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício passou a ser questionada em várias oportunidades, sob o argumento de violação a tal dispositivo constitucional.

O objetivo geral desse estudo é analisar as divergências que existem entre doutrina e jurisprudência no que tange à suposta inconstitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990.

Os objetivos específicos foram definidos como forma de facilitar o alcance do objetivo geral e se configuram como: conceituar os direitos fundamentais; ressaltar as especificidades do bem de família; contextualizar o assunto na esfera civil através da análise de questões referentes ao fiador locatício e de conceitos relativos ao tema e abordar o estabelecimento da impenhorabilidade do bem de família.

A pesquisa procura explorar as divergências dos votos dos Ministros e diferentes posicionamentos a fim de conseguir, por meio da doutrina, o motivo da penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício. Assim, procurar-se-á responder a questão de pesquisa: Quais as razões jurídicas das divergências no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688? A penhora do bem de família do fiador em contrato de locação de bem imóvel urbano é constitucional?

O artigo divide-se em quatro capítulos: panorama constitucional, bem de família, fiador locatício e da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

No primeiro capítulo, o que se pretende é inserir o tema no contexto constitucional, abordando princípios e conceitos básicos como dignidade da pessoa humana, isonomia, direitos sociais e direito à moradia.

No segundo capítulo, faz-se um panorama sobre o bem de família, analisando sua origem e sua inserção no direito brasileiro.

No terceiro capítulo, contextualizando o assunto na esfera civil, aborda-se a figura do fiador locatício, o contrato de fiança e o contrato de locação.

Por fim, o quarto e último capítulo, aborda o tema propriamente dito, tirando conclusões da análise conjunta de tópicos abordados nos capítulos anteriores, bem como analisa e faz ponderações acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal.

1 PANORAMA CONSTITUCIONAL E BEM DE FAMÍLIA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considerada o ápice do processo de redemocratização brasileiro, tem como um dos principais alicerces o direito à igualdade e a dignidade humana, direitos comuns à maioria das Constituições contemporâneas e que inspiram vários outros direitos e princípios constitucionais, como por exemplo, o princípio da isonomia.

A origem de tais direitos remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Sobre os Direitos Humanos, são os ensinamentos de Fábio Konder Comparato:

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças. (...) Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes (COMPARATO, 2002, p. 347).

Além disso, a Constituição Federal de 1988 trouxe diversas inovações no que tange aos direitos sociais, que são direitos fundamentais de segunda geração.

1.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana não está incluída no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, porém encontra-se em seu art. 1º entre os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Seu conceito é amplo e refere-se ao direito de ser respeitado em todos os sentidos, quanto à honra, à moral, e inclusive no que se refere ao mínimo necessário para uma vida digna, isto é, à disponibilidade de condições básicas de sobrevivência.

Nos dizeres de Pérez Luño, citado por André Ramos Tavares (2002, p. 393):

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza.

Portanto, a concepção de dignidade humana abrange tanto caráter negativo quanto positivo, no sentido que preza pelo respeito às liberdades individuais e à honra, bem como pela disponibilidade de meios básicos de sobrevivência. O homem não tem sua dignidade comprometida apenas quando suas liberdades são atingidas, mas, também, quando é privado de alimentação, saúde, moradia, educação e segurança.

Nessa linha, vindo ao encontro dessa necessidade de dar suporte para garantir o direito emanado da dignidade da pessoa humana, destaca-se a Teoria do Patrimônio Mínimo, garantindo efetivamente que a pessoa possa ter um mínimo razoável com que possa sobreviver de forma digna.

1.2 Isonomia

Desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, que a igualdade e a liberdade, assim como a dignidade humana, são consideradas essenciais e basilares a qualquer ordenamento jurídico.

Analisando a igualdade é preciso lembrar que pode haver tratamentos diferenciados e que estes, em alguns casos, podem ser absolutamente legais e constitucionais. Isso porque o real significado de igualdade implica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ou seja, as pessoas precisam ser tratadas na proporção de suas condições, o que, em algumas circunstâncias, acarreta num tratamento diferenciado.

Nos dizeres de Rui Barbosa, em sua clássica obra *Oração aos moços* (p. 26):

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Porém, para que tal tratamento diferenciado não resulte em injustiças, são necessários meios para que se aplique o chamado tratamento isonômico e se possa distinguir os iguais dos desiguais e, conseqüentemente, concretizar o princípio da igualdade.

Para aplicação do tratamento isonômico devem ser levados em consideração critérios como o traço diferencial escolhido como ponto de desigualdade e a diferenciação de tratamento que se pretende aplicar para equiparar as situações, ambos os critérios relacionados entre si. A característica diferenciadora deve estar na própria pessoa, coisa ou situação discriminada e não em fator alheio a estas.

1.3 Direitos Sociais

Os direitos sociais são direitos de segunda geração e exigem uma ação positiva do Estado que vise assegurar a efetiva realização dos direitos e princípios fundamentais e assim como a dignidade da pessoa humana, objetivam proporcionar ao cidadão, meios básicos e indispensáveis para uma vida digna. Além de presentes no preâmbulo da Constituição Federal

de 1988, estão previstos no art. 6º deste diploma. Dentre os direitos ali colacionados estão o direito à educação, à saúde, à alimentação e à moradia.

Os direitos sociais preconizados pela Constituição são muitos e, por vezes, apenas uma pequena parcela deles é verdadeiramente suprida. É justamente aí que surge a ideia de não só proporcionar, como também de proteger o mínimo existencial ligado aos direitos sociais. Dentre as medidas possíveis para tal proteção está a instituição do bem de família.

1.4 Direito à moradia

O direito à moradia é considerado como direito humano desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e foi incluído em inúmeros diplomas internacionais. É um dos direitos sociais mais importantes, uma vez que está intimamente ligado com o mínimo existencial exigido para que se tenha uma vida digna.

No Brasil, o direito à moradia passou a ser expressamente previsto como direito social apenas com a Emenda nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, que alterou o art. 6º da Constituição Federal de 1988. Apesar do acréscimo tardio na Carta Magna, o direito à moradia já gozava de proteção mesmo antes de sua inclusão expressa dentre os direitos sociais.

Porém, apesar de sua importância, o direito à moradia encontra muitas dificuldades para sua efetivação, uma vez que, ainda que previsto constitucionalmente, não tem suporte econômico governamental suficiente, de modo que continua carente de políticas públicas que o façam efetivo. Em decorrência dessa dificuldade, o princípio da reserva do possível passou a ser aplicado em diversos países com objetivo de limitar exigências em prol dos direitos fundamentais, levando em consideração a conformidade financeira do Estado, sua possível adequação e a necessidade do pedido, com critério proporcional.

Sobre o princípio da reserva do possível:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos (SARLET, I, W; FIGUEIREDO, M, 2008).

1.5 Breves palavras sobre a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo

Desenvolvida pelo Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin, a Teoria do Estatuto do Patrimônio Mínimo, que procura garantir um mínimo de patrimônio com base no ordenamento jurídico, ou seja, deve o indivíduo ter o mínimo existencial como forma de garantir-lhe a sua dignidade.

De início, a premissa do patrimônio mínimo pode ser retirada do art. 548 do Código Civil, pelo qual é nula a doação de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador (nulidade da doação universal).

Nas palavras de Fachin:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência (FACHIN, 2001, p. 232).

Em síntese, a tese pode ser resumida como: deve-se assegurar à pessoa um mínimo de direitos patrimoniais, para que viva com dignidade.

A principal aplicação da teoria do patrimônio mínimo é justamente no bem de família. Conclui-se que a proteção do bem de família nada mais é do que a proteção do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana, como já foi exposto, seguindo a tendência de valorização da pessoa. Em suma, falar em dignidade humana nas relações privadas significa discutir o direito à moradia, ou, muito mais do que isso, o direito à casa própria.

Concluindo o tópico, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, com a súmula 364, consolidou o entendimento de que o imóvel em que reside pessoa solteira, separada ou viúva constitui bem de família, sendo impenhorável.

2 DO BEM DE FAMÍLIA

2.1 Introdução

O princípio da responsabilidade patrimonial em sede obrigacional é uma conquista das codificações modernas, sujeitando os bens do devedor às consequências do inadimplemento. Contudo, certos bens são subtraídos desta responsabilidade com a finalidade de proteger a subsistência do devedor e de sua família, restando impenhoráveis. Dentre esses bens, figura o bem de família, acolhido pelo Código Civil de 1916, traduzindo o *homestead* do direito norte-americano.

Visando proteger o bem imóvel urbano ou rural, que servisse de lar à família, este ficava isento da execução por dívidas, mediante disposição de vontade de seu instituidor, que o gravava de impenhorabilidade. Amparado na Constituição Federal de 1988, a Lei 8.009 de 29 de março de 1990 delimitou nova impenhorabilidade ao bem de família, independentemente de qualquer manifestação de vontade. Consequentemente, a impenhorabilidade do bem de família passou a existir sob duas modalidades: a convencional, prevista no Código Civil entre os artigos 1.711 e 1.722, e a legal, por incidência da Lei 8.009/1990.

Portanto, consoante lição de Álvaro Villaça Azevedo,

“O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (Comentários ao Código Civil, v. 19, p. 11).

2.2 Origem

O instituto do Bem de Família tem sua origem em 1839 na República do Texas, antes de sua incorporação ao território dos Estados Unidos da América, ocorrido em 1845. Era a denominada “*homestead*” que significa “local do lar”.

De acordo com Azevedo (AZEVEDO, 1999), o nascimento do *homestead* se deu num contexto histórico em que os Estados Unidos, independentes da Inglaterra, eram um território pobre, de grande extensão, à espera de uma civilização. Em razão de possuir um solo fértil teve um desenvolvimento da agricultura e comércio de forma descomunal. Tamanho desenvolvimento atraiu os bancos europeus, que se instalaram naquela emergente região impulsionando ainda mais o desenvolvimento da agricultura, comércio e indústria.

Criou-se assim uma ilusão do lucro fácil que levou o povo a abusar de empréstimos e do elevado nível de vida no prisma econômico-financeiro. Em consequência disso, houve uma enorme crise entre os anos de 1837 a 1839 resultando no fechamento de 959 bancos apenas no ano de 1839 e, entre os anos 1837 e 1839, 33 mil falências ocorreram.

Em consequência, as famílias americanas foram profundamente afetadas, sendo penalizadas com a massificação de penhora de seus bens por parte dos credores. Assim, após veemente movimento democrático dos trabalhadores, muitas leis foram editadas em sua proteção e em 1839, foi promulgada a lei da Homestead, protegendo as famílias radicadas no Texas.

Neste contexto comenta Azevedo:

A lei que regulamentou o bem de família, no Texas, foi editada em 26 de janeiro de 1839 (*Homestead exemption act*) e implicava a proteção de pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à sua proteção, limitada em suas dimensões (cinquenta acres de terra), ou de terreno na cidade e melhorias, no valor máximo de quinhentos dólares, com mobiliário e utensílios domésticos, no valor máximo de duzentos dólares, e todos os instrumentos de lavoura, no valor máximo de cinquenta dólares, bem como ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, vinte porcos e provisões para um ano. Todos esses bens tornaram-se por essa lei impenhoráveis e inalienáveis, com o objetivo de fixar o homem à terra, objetivando o desenvolvimento de uma civilização cujos cidadãos tivessem o mínimo necessário a uma vida decente humana (AZEVEDO, 1999, p. 26).

Após 1839, o *homestead* espalhou-se por vários estados americanos contando com peculiaridades, entretanto, mantiveram-se em todas elas, três qualidades substanciais marcantes:

- ✓ Necessidade de existência de um direito sobre determinado imóvel que se pretende ocupar a título de *homestead*;
- ✓ Necessidade de que o titular desse direito seja chefe de família (*head of a Family*);
- ✓ Necessidade de que seja esse imóvel ocupado pela família (*occupancy*).

Lembra Carlos Roberto Gonçalves que as bases do bem de família, traçadas na primitiva república do Texas, permanecem vivas na legislação americana atual, nos Estados que admitem sua existência. Para o autor,

A origem do bem de família remonta ao início do século XIX, quando o Estado do Texas, em consequência da grave crise econômica que assolou os Estados Unidos da América do Norte promulgou uma lei (*homestead act*) em 1839, permitindo que ficasse isenta de penhora a pequena propriedade, sob a condição de sua destinação à residência do devedor. Após integrar-se à legislação de quase todos os Estados norte-americanos, passou para o direito de outros países (GONÇALVES, 2015, p. 591).

É o mesmo entendimento de Sílvio de Salvo Venosa de que o bem de família nasceu nos Estados Unidos com o *homestead act*. Ensina o autor:

O governo da então república do Texas, com o objetivo de fixar famílias em suas vastas regiões, promulgou o *Homestead Exemption Act*, de 1839, garantindo a cada cidadão determinada área de terras, isentas de penhora. O êxito foi grande, tanto que o instituto foi adotado por outros Estados da nação norte-americana, tendo ultrapassado suas fronteiras; hoje é concebido na grande maioria das legislações, com modificações que procuram adaptá-lo às necessidades de cada país (VENOSA, 2012, p. 391).

2.3 O Bem de Família no Brasil

Inicialmente, houve certa indiferença dos doutrinadores pátrios com a proteção do bem de família. Clóvis Beviláqua, por exemplo, autor do projeto do Código Civil de 1916, não a acolheu, propondo tão somente o abarcamento da impenhorabilidade dos bens já agraciados pelo regulamento 737 de 1850.

O bem de família foi introduzido no direito brasileiro pelo Código Civil de 1916, que dele cuidava em quatro artigos (70 a 73), no Livro II, intitulado “Dos Bens”. O Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, também tratou da matéria nos arts. 8º, §5º, e 19 a 23, estabelecendo valores máximos dos imóveis. Essa limitação foi afastada pela Lei n. 6.742, de 1979, possibilitando a isenção de penhora de imóveis de qualquer valor. Posteriormente, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.711, voltou a limitar o valor do imóvel, quando existentes outros também residenciais, a um terço do patrimônio líquido do instituidor.

Posteriormente, adveio nova modalidade de bem de família, imposto pelo Estado por norma de ordem pública (Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990), em defesa da entidade familiar. Surge assim o bem de família obrigatório, também denominado involuntário ou legal.

A Lei 8.009/90 foi resultado da promulgação da medida provisória nº 143, de 08 de março de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo então Presidente José

Sarney. Conhecida na época como “Lei Sarney”, tratando da impenhorabilidade do bem de família e consagrava cinco exceções, através das quais se poderiam obter a penhora. Com essa lei, não fica a família à mercê de proteção por seus integrantes, mas defendida pelo próprio Estado.

In verbis:

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

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

Finalmente, sobreveio o Código Civil de 2002, que deslocou a matéria para o direito de família entre os artigos 1.711 a 1.722, disciplinando, todavia, apenas o bem de família voluntário.

Diante disso, coexistem na legislação civil, atualmente, duas espécies de bem de família, ambas incidindo sobre bens imóveis, e móveis àqueles vinculados:

- a) O voluntário, decorrente da vontade dos cônjuges, companheiros ou terceiro. Só se verifica quando o proprietário tem dois ou mais imóveis residenciais e deseja optar por um deles, para mantê-lo protegido;
- b) O involuntário ou obrigatório resultante de estipulação legal (Lei n. 8.009/90).

3 DO FIADOR LOCATÍCIO

3.1 Contrato de fiança

O contrato de fiança pode ser classificado como um contrato unilateral, geralmente gratuito, consensual, típico, nominado, personalíssimo ou *intuitu personae*, formal, não solene e acessório. A fiança está dentre os diversos tipos de garantia previstos no Código Civil de 2002, e também pode ser chamada caução fidejussória.

Destaca-se que existem três espécies de fiança: a convencional, a legal e a judicial. A primeira é aquela que resulta de acordo de vontades, e é o foco do presente estudo. A segunda é aquela decorrente de disposição legal. A terceira, por fim, é decorrente não de uma relação contratual, mas de uma exigência processual, servindo para garantir uma decisão judicial, e tem a peculiaridade de ser prestada pelo próprio devedor.

O contrato de fiança está definido no art. 818 do Código Civil e serve para prestar uma garantia, para assegurar ao credor de uma dívida que, caso esta não seja paga pelo devedor original, o será, total ou parcialmente, pelo fiador, que responderá pela dívida com o seu patrimônio, ou seja, será responsabilizado por débito de terceiro.

Acrescenta-se:

Não se deve confundir, ainda, obrigação (*debitum*) e responsabilidade (*obligatio*), por somente se configurar esta última quando a prestação é adimplida pelo devedor. A primeira corresponde, em sentido estrito, ao dever do sujeito passivo de satisfazer a prestação positiva ou negativa em benefício do credor, enquanto a outra se refere à autorização, dada pela lei, ao credor que não satisfeito, de acionar o devedor alcançando seu patrimônio, que responderá pela prestação.

Em geral, toda a obrigação descumprida permite a responsabilização patrimonial do devedor, não obstante existam obrigações sem responsabilidade (obrigações naturais – *debitum* sem *obligatio*), como as dívidas de jogo e as prestações prescritas. Por outro lado, poderá haver responsabilidade sem obrigação (*obligatio* sem *debitum*), a exemplo do que ocorre com o fiador, que poderá ser responsabilizado pelo inadimplemento do devedor, sem que a obrigação seja sua (GAGLIANO e PAMPLONA, 2006, p. 10).

De acordo com Maria Helena Diniz:

A fiança vem a ser a promessa, feita por uma ou mais pessoas, de garantir ou satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento (DINIZ, 2007, p. 575).

O referido contrato vincula o credor ao fiador, sendo entabulado somente entre estes, prescindindo, inclusive, conforme art. 820 do Código Civil, da anuência do devedor afiançado, razão pela qual é considerado um contrato interveniente.

Sublinha-se que, em caso de insolvência do devedor original e eventual pagamento da dívida pelo fiador, este se sub-roga na posição do credor, e, conseqüentemente, em todos os seus direitos contra o devedor principal. Trata-se de sub-rogação legal, prevista no art. 349, e 831 a 833 do Código Civil.

O contrato de fiança tem como principais características a acessoriedade, unilateralidade, subsidiariedade e gratuidade.

A fiança é assim, antes de qualquer coisa, obrigação acessória, que pressupõe, necessariamente, a existência de outra obrigação principal, de que é garantia. Desta forma, a fiança não pode existir sem que haja um contrato principal, ou seja, aquele cujo adimplemento pretende garantir. Além disso, não se pode esquecer que o acessório segue o principal, logo, se o contrato principal for nulo (exceto quando a nulidade advier de incapacidade pessoal do devedor) ou extinto, a fiança também o será. É importante esclarecer que, por ser um contrato acessório, a fiança não pode ser mais onerosa que o contrato principal, ou seja, não pode trazer mais obrigações ao fiador do que este ao devedor. Por outro lado, poderá ser de valor inferior e mesmo ser contraída em condições menos onerosas do que a obrigação principal.

A acessoriedade é característica intrínseca do contrato de fiança, seguramente uma de suas características mais marcantes, sendo, aliás, ponto inequívoco e uníssono no Direito Civil, uma vez que está, inquestionavelmente, atrelada ao contrato principal ao qual visa garantir.

No mesmo sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

A fiança tem caráter acessório e subsidiário, pois depende da existência do contrato principal e tem sua execução subordinada ao não cumprimento deste, pelo devedor. Nula a obrigação principal, a fiança desaparece, salvo se a nulidade resultar de incapacidade pessoal do devedor. (...) Por ter caráter acessório, a fiança pode ser de valor inferior e contraída em condições menos onerosas do que a obrigação principal, não podendo, entretanto, ser de valor superior ou mais onerosa do que esta, porque o acessório não pode exceder o principal. Se tal acontecer, não se anula toda a fiança, mas somente o excesso, reduzindo-a ao montante da obrigação afiançada (GONÇALVES, 2015, p. 152).

Por ser unilateral, o contrato de fiança gera obrigações para apenas uma das partes envolvidas, o fiador. Tem-se assim que, apesar de figurar na relação contratual, o credor não assume nenhuma obrigação com o fiador, apenas beneficiando-se da garantia prestada por este.

Válidas são as palavras de Washington de Barros Monteiro:

É também um contrato unilateral; o fiador obriga-se para com o credor, mas este nenhum compromisso assume em relação àquele. Entende Clóvis que o contrato de fiança é bilateral imperfeito, porque se o fiador vier a pagar, sub-rogar-se-á nos direitos do credor primitivo, tendo ação contra o afiançado para ser ressarcido do que por causa dele despendeu, todavia, como responde Espínola, esse direito do

fiador não resulta de alguma obrigação do credor e sim de dispositivo de lei (MONTEIRO, 1977, P. 353).

Quanto à subsidiariedade, o fiador apenas será acionado caso o devedor não cumpra sua obrigação e seja caracterizada a insolvência (art. 827 do Código Civil) – exceto nos casos em que o fiador afiançou devedor insolvente ou falido – ou seja, primeiro serão executados os bens do devedor, para depois, caso não tenham sido encontrados bens do devedor ou não sejam suficientes para saldar o débito garantido, serem executados os bens do fiador.

Como dito por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Na prática, as hipóteses mencionadas dos incisos I e II ocorrem de maneira extremamente comum. Em enorme quantidade de contratos verifica-se que, quase como uma cláusula de estilo, se promove à renúncia do benefício de ordem, figurando o fiador como devedor principal ou principal pagador, o que cria a solidariedade entre devedor e fiador (GAGLIANO e PAMPLONA, 2012, p. 605).

Finalmente, a gratuidade significa que, tradicionalmente, o fiador não receberá nenhuma contraprestação pela garantia que está prestando, até porque, na maioria das vezes, o faz crente de que o devedor principal – o afiançado – arcará com suas responsabilidades e solverá suas obrigações.

Porém, como lembrado por Washington de Barros Monteiro, é comum que o fiador seja responsabilizado pelo débito do afiançado:

Já no Velho Testamento se depara com séria advertência contra o servir de fiador e num velho adágio francês se afirma: *qui cautionne paye*. É coisa rara, assevera Lomonaco, que o fiador não termine por pagar por uma pessoa que afinal o desiludiu e lhe contraiu a expectativa (MONTEIRO, 1977, p. 352).

Sobre a gratuidade da fiança, discorre Sílvio de Salvo Venosa:

É tradicionalmente contrato gratuito no âmbito civil, pois a fiança deve ser prestada de forma desinteressada. Nada impede, porém, que o fiador seja remunerado perante o risco assumido, como ocorre, por exemplo, nas fianças bancárias e nas fianças mercantis em geral. No entanto, especificamente na fiança civil, encara-se a fiança remunerada com intuito de lucro, como negócio escuso, sem finalidade lícita. Entende-se nessa hipótese que o lucro é indevido, embora essa posição seja discutível.

Em razão dessas particularidades há quem sustente que a fiança, sob tal aspecto, é contrato incolor ou neutro, porque não pode ser qualificado como gratuito ou one-

roso, dependendo das circunstâncias e da natureza do negócio. No entanto, como a lei não proíbe que seja oneroso, resta saber se quando estabelecida remuneração continuará regido pelas normas do contrato típico do estatuto civil, ou se surge contrato atípico.

(...) Se, porém, é o credor quem paga fiança, será, sem dúvida, oneroso (...) Para alguns autores, essa avença se aproxima do contrato de seguro; para outros, trata-se de fiança bilateral e onerosa, porque se parte da ideia de que a gratuidade não lhe é essencial. Podemos concluir que a tradição de nosso direito encara a fiança civil como contrato gratuito, tanto que nossa tendência jurisprudencial é reprimir a onerosidade, negando-lhe validade. Desse modo, a onerosidade na fiança torna-a contrato atípico (...) (VENOSA, 2012, p. 391-392).

3.2 Contrato de locação

O contrato de locação é um contrato bilateral, oneroso, comutativo, consensual, temporário, de execução continuada, geralmente paritário, nominado, impessoal, não solene e principal. Conforme o art. 565 do Código Civil, o contrato de locação é aquele segundo o qual uma das partes se obriga a ceder à outra, em troca de alguma remuneração, o uso e gozo de coisa infungível. Ao presente estudo, importa a locação imobiliária, regulada pelo Código Civil e pela Lei 8.245/1991 (Lei do inquilinato).

O contrato de locação imobiliária implica na entrega do bem por uma das partes à outra, para que, por tempo estipulado ou indeterminado, e em troca de uma contraprestação predeterminada, utilize e goze do bem, respeitando as limitações do contrato e conservando o bem no mesmo estado em que recebeu.

Segundo a Lei 8.245/91, existem três tipos de locação imobiliária: residenciais, não residenciais e de temporada.

As obrigações do locador (aquele que dá a coisa em aluguel) se resumem basicamente a entregar o bem alugado ao locatário, realizar reparos básicos necessários para que o bem seja mantido em condição de uso e garantir o uso pacífico do bem. Em contrapartida, o locatário deve utilizar o bem para o fim pactuado (residencial ou comercial), e findo o contrato, entregá-lo no mesmo estado em que o recebeu, e claro, pagar o aluguel nos prazos estipulados e é justamente aí que surge o problema.

Para assegurar o pagamento do aluguel, a Lei n. 8.245/91 prevê, em seu artigo 37, garantias como caução, fiança, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Porém, para o mercado imobiliário, a Lei n. 8.009/1990 havia instituído o

bem de família legal e, conseqüentemente, lhe havia diminuído drasticamente o patrimônio penhorável do devedor em casos de eventual insolvência.

Não havia na Lei n. 8.009/1990 menção a situação do bem de família do fiador, hipótese esta que foi incluída somente no ano de 1991, após o Presidente da época, Fernando Collor de Melo, ter sancionado a Lei Federal 8.245/1991. A proposta de inclusão da penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação havia sido proposta ao Presidente através do senador Pedro Simon, demonstrando nítida preocupação em fornecer maior segurança ao mercado imobiliário.

Essa alteração da Lei n. 8.009/1990 incluindo a fiança locatícia dentre as exceções da penhorabilidade do bem de família, provocou grande desordem legal e constitucional e é o que será analisado a partir do próximo capítulo.

4 DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO.

4.1 A impenhorabilidade do bem de família do fiador

Se comparado com o devedor originário, há de se ressaltar que o locatário inadimplente não poderá ter seu imóvel penhorado para as dívidas da locação, pois tal hipótese não se enquadra nas exceções previstas pela Lei 8.009/90.

Considerando que o direito de crédito do locador deriva da autonomia privada, princípio que recebe tutela constitucional, há de se admitir que a questão acerca da possibilidade de penhora do bem de família do fiador traz uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. De um lado se encontra o direito de crédito do locador e, de outro, o direito à moradia do fiador.

Sob esse aspecto, até que ponto os interesses do mercado justificam a diminuição de garantias essenciais à tutela existencial da pessoa? Essa discussão é extremamente relevante para demonstrar a necessidade de buscar uma maior proteção aos direitos fundamentais, sendo esta uma das principais preocupações da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, entende Pablo Stolze Gagliano:

Não ignorando que o fiador possa obrigar-se solidariamente, o fato é que, na sua essência, a fiança é um contrato meramente acessório, pelo qual um terceiro (fiador) assume a obrigação de pagar a dívida, se o devedor principal não o fizer.

Mas seria razoável garantir o cumprimento desta obrigação (essencialmente acessória) do fiador com o seu único bem de família? Seria essa norma constitucional?

Partindo da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica – o contrato de locação –, não é justo que o garantidor responda com seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário. Isto é, se o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia e comprar um único imóvel residencial, este seu bem será impenhorável, ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio bem de família perante o locador que não foi pago.

À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil –, parece-me forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º da Constituição Federal, uma vez que trata de forma desigual o locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação (GAGLIANO e PAMBPLONA, 2006, p. 592-595).

Após a entrada em vigor da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/1991), as decisões judiciais confirmaram a penhorabilidade do bem de família do fiador. Após a Emenda Constitucional de nº 26/2000 que, em 14 de fevereiro daquele ano, reconheceu o direito à moradia como um direito social fundamental, inserindo-o no rol do art. 6º da Constituição Federal, as discussões em torno da questão se tornaram mais acirradas.

Os argumentos pela impenhorabilidade entendiam pelo afastamento da possibilidade de penhora argumentando que a lei deveria atender aos fins sociais e as exigências do bem comum. O contraste entre a situação do locatário que possui um imóvel residencial próprio e o fiador era o que bastava para o afastamento da penhorabilidade. Também era argumento recorrente a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em atenção a essa ordem de ideias o voto vencido do Ministro Eros Grau fundamenta-se também na afronta ao princípio da isonomia:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão da aquisição da casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para

pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. A afronta à isonomia parece-me evidente. (BRASIL, 2006).

Assim sinaliza o voto vencido do Ministro Eros Grau:

Por fim, no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional. (BRASIL, 2006)

Em decisão monocrática do ano de 2005, o então Ministro Carlos Velloso entendeu pela inconstitucionalidade da norma prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990 (STF, RE 352.940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005):

A Lei 8.009/90, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’. É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da CF, com redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: ‘Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição’ (...) o direito à moradia, estabelecido no art. 6º da CF, é um direito fundamental de 2ª geração – direito social – que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, - inciso VII do art. 3º – feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo – inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000.

O primeiro argumento é a proteção da moradia e da igualdade humana, retiradas do art. 6º do Texto Maior. O segundo argumento é a lesão à isonomia e à razoabilidade, uma vez que o locatário, devedor principal, não perde o bem de família, ao contrário do fiador. Ora, como já foi exposto nesse trabalho, a fiança é contrato acessório e, como tal, não pode trazer mais obrigações que o contrato principal.

4.2 O Recurso Extraordinário nº 407.688-8 do STF e a penhorabilidade do bem de família do fiador

O Recurso Extraordinário nº 407.688/DF tratou da questão acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação ser ou não constitucional após a Emenda Constitucional nº 26, que incluiu o direito à moradia entre os direitos sociais.

A demanda que deu origem ao Recurso Extraordinário nº 407.688 é oriunda do Segundo Tribunal de Alçada Civil, 2ª Câmara, da Comarca de São Paulo. Nesse recurso figurou como agravante Michel Jaques Peron e como agravado Antônio Pecci.

Segundo a juíza Andreatta Rizzo, que atuou como relatora do recurso, o fiador, inconformado com a decisão de manter a penhora sobre seu imóvel, recorreu alegando que se tratava de bem de família, sendo este seu único bem. Alegou ainda que a EC nº 26/2000 incluiu a moradia como um dos direitos sociais no art. 6º da Constituição Federal, de tal forma que o agravante entendia que tal emenda havia revogado o art. 3º da Lei nº 8.009/90. Além disso, alegava que tal decisão não ia ao encontro do princípio constitucional da isonomia, de modo que o único bem do inquilino não poderia sofrer constrição, enquanto o do fiador, por sua vez, podia (BRASIL, 2006).

A decisão proferida no referido recurso, por maioria de votos, foi de manter a constitucionalidade da exceção prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990 pondo uma uniformização jurisprudencial após vários anos de divergências, que duraram do ano 2000 até 2006.

Esta decisão, que teve como relator o Ministro Cezar Peluso, foi votada em 8 de fevereiro de 2006 e, por maioria de votos (7 a 3), entendeu, como dito, pela constitucionalidade da norma:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

(STF—RE: 407688 SP, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 08/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147).

Em seu voto, o relator, Min. Cezar Peluso, entendeu que o direito à moradia, que figura entre os direitos sociais e por isso caracteriza um direito à prestação, pode ser concretizado pelo Estado por outras várias maneiras, razão pela qual, a penhorabilidade do bem de família do fiador não confrontaria a Constituição Federal.

O Ministro Joaquim Barbosa entendeu pela relativização dos direitos fundamentais, pois quando o fiador assina o contrato sabe que pode perder o bem de família:

Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação do outro, também em jogo neste caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria. (BRASIL, 2006).

Primeiramente porque a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência do fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Em suma, quando o fiador assina o contrato sabe que pode perder o bem de família. Ademais, entendeu-se que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/88.

In verbis, trecho do voto do Min. Cezar Peluso:

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementando por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores (BRASIL, 2006).

Como pode notar-se, há uma relativização do direito à moradia, que figura dentre os direitos humanos mais importantes, em prol da ordem imobiliária.

O Ministro finaliza seu voto com referência ao princípio isonômico:

Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações factuais e de vocações normativas – a expropriabilidade do bem do fiador tente, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito –, como porque como bem observou JOSÉ EDUARDO FARIA, ‘os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios’

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição –, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperla equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia (BRASIL, 2006).

Resumindo, os principais argumentos a favor da penhorabilidade são:

- a) A proteção ao direito de moradia do locatário e o equilíbrio do mercado;
- b) A consonância do direito à moradia com a exceção prevista no art. 3º, inciso VII da Lei n. 8.009/90;
- c) A vinculação voluntária do fiador aos gravames impostos pela fiança.

Mesmo que a matéria já tenha sido devidamente discutida e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, o tema ainda merece críticas, pois sustenta que a decisão de admitir que seja excepcionada a penhorabilidade do bem de família do fiador sacrifica diretamente um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana, conforme descrito no artigo 1º, o princípio constitucional da igualdade que está disposto no artigo 5º, tanto quanto o direito à moradia amparada no artigo 6º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Lembrando que apesar do julgamento pelo STF, muitos Tribunais Estaduais passaram a se filiar ao entendimento da inconstitucionalidade.

Em 2014, o STJ julgou a questão em sede de incidente de recursos repetitivos, diante da tendência nos Tribunais Estaduais de adotar o entendimento da inconstitucionalidade do art. 3º, VII da Lei 8.009/90, apesar do julgamento pelo STF:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO. LEI N. 8.009/1990. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: "É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990". 2. No caso concreto, recurso especial provido.

(STJ – REsp: 1363368 MS 2013/0011463-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 12/11/2014, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 21/11/2014).

Conforme publicação constante do Informativo n. 552 do STJ,

É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90. A Lei 8.009/90 instituiu a proteção legal do bem de família como instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da entidade familiar e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna. Nos termos do art. 1º da Lei 8.009/90, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável e não responderá pela dívida contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas no art. 3º da aludida norma. Nessa linha, o art. 3º excetua, em seu inciso VII, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza a constrição de imóvel – considerado bem de família – de propriedade do fiador de contrato locatício.

Enfatiza que “se no acórdão recorrido o entendimento é de que o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 afronta o direito social à moradia e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade materiais estampadas na Constituição Federal pelo art. 6º da Emenda Constitucional n. 26/2000, as decisões paradigmas comprovam justamente o oposto, ou seja, de que a exceção do aludido normativo não desafia preceito constitucional algum, mesmo após a edição da emenda citada, donde há legalidade da exceção da impenhorabilidade quando se tratar de fiança prestada em contrato de locação”.

Em outubro de 2015, tal decisão foi resumida na Súmula 549 da Corte, segundo a qual: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.

Toda essa instabilidade na jurisprudência é demonstrada numa nova decisão do Supremo Tribunal Federal em 2018, concluindo pela inconstitucionalidade da previsão a respeito da penhora do bem de família do fiador, em caso de locação não residencial. Portanto, não é penhorável o bem de família do fiador no caso de contratos de locação comercial. Em outras pa-

lavras, não é possível a penhora de bem de família do fiador em contexto de locação comercial:

Impenhorabilidade do bem de família e contratos de locação comercial. Não é penhorável o bem de família do fiador, no caso de contratos de locação comercial. Com base neste entendimento, a Primeira Turma, por maioria e em conclusão de julgamento, deu provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de penhora de bem de família do fiador em contexto de locação comercial. Vencidos os Ministros Dias Toffoli (relator) e Roberto Barroso que negaram provimento ao recurso. Ressaltaram que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador por débitos decorrentes do contrato de locação. A lógica do precedente é válida também para os contratos de locação comercial, na medida em que – embora não envolva o direito à moradia dos locatários – compreende o seu direito à livre-iniciativa. A possibilidade de penhora do bem de família do fiador – que voluntariamente oferece seu patrimônio como garantia do débito – impulsiona o empreendedorismo, ao viabilizar a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis. Por outro lado, não há desproporcionalidade na exceção à impenhorabilidade do bem de família (Lei n.º 8009/1990, art. 3.º, VII). O dispositivo legal é razoável ao abrir a exceção à fiança prestada voluntariamente para viabilizar a livre-iniciativa (STF, RE 605.709/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Red. p/ ac. Min. Rosa Weber, j. 12.06.2018, *Informativo* n. 906 do STF).

No referido RE 605.709/SP, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, relatora Rosa Weber, em maioria, adotou-se o entendimento de que a dignidade da pessoa humana e a proteção à família impedem a penhora do bem de família do fiador em locação comercial, sob pena de privilegiar a satisfação do crédito do locador do imóvel comercial ou o livre mercado. Dessa forma, criou-se uma diferença entre o locador de imóvel residencial e locador de imóvel comercial. Ao permitir a penhora do bem de família do fiador para satisfação do crédito do locador de imóvel residencial, excluindo o crédito do locador de imóvel comercial desta mesma prerrogativa, deixou de perceber que o ordenamento jurídico não faz qualquer distinção entre estes sujeitos jurídicos.

5 METODOLOGIA

A presente pesquisa tem como objetivo colaborar para o desenvolvimento do conhecimento científico, contribuindo para a compreensão acerca do problema proposto. Por isso, quanto à sua natureza, ela se classifica como uma pesquisa básica ou pura, cujos resultados poderão, em trabalhos futuros, ser aplicados como parâmetros para discussão da problemática e serem utilizados para resolução do problema apresentado.

A utilização dos métodos científicos implica oferecer transparência e objetividade na investigação, que, poderá ser submetida à verificação. Por esse motivo aplicou-se o método hipotético-dedutivo, que para Karl Popper (1993), este método científico parte de um problema, ao qual se oferecesse uma espécie de solução provisória, passando-se depois a criticar a solução, com vista à eliminação do erro e, tal como no caso da dialética, esse processo se renovaria a si mesmo, dando surgimento a novos problemas.

Na pesquisa partimos de um problema, a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, levantamos a hipótese de sua inconstitucionalidade e através do estudo das leis correlatas ao tema e do posicionamento doutrinário e jurisprudencial, deduzimos a veracidade da hipótese, além de elencarmos os argumentos que a justificam.

Do ponto de vista da abordagem usada na pesquisa podemos categorizá-la em uma pesquisa qualitativa, pois baseia-se na observância de direitos fundamentais, aqueles sem os quais as condições de vida se tornariam insuficientes, incapazes de proteger, resguardar as pessoas em suas relações com o Estado e com a sociedade.

Quanto aos meios de procedimento, a pesquisa foi bibliográfica, com o auxílio de livros doutrinários, artigos e sites que tratam sobre o tema e documental, na qual foram analisadas as leis nacionais que regulam a matéria, assim como os entendimentos jurisprudenciais.

Quanto aos fins esta pesquisa classifica-se como exploratória pois, embora o tema estudado já seja conhecido, ela tem como finalidade proporcionar um conhecimento do problema sob a perspectiva da inconstitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, por ferir direitos fundamentais, e cujos resultados poderão servir de base para pesquisas futuras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposta a pesquisa e tecidas diversas considerações sobre aspectos civis e constitucionais da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, é possível chegar a algumas conclusões.

Foram demonstrados, no decorrer do trabalho, vários aspectos que mostraram que a intenção do legislador, através do bem de família, visava dar maior proteção à dignidade da pes-

soa e de sua entidade familiar, resguardando-se o direito fundamental à moradia frente aos outros, uma vez que este possui natureza existencial, além de ser um direito social imprescindível para a pessoa humana.

Apesar de o tema já ter sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não é pacífico, tendo inclusive, havido votos divergentes no referido julgamento (RE 407.688-8). A divergência existiu e persiste em diversos debates travados entre juristas porque o tema envolve direitos constitucionais e civis, simultaneamente, de modo que é necessária a ponderação entre os mesmos.

Acredita-se que o objetivo do presente trabalho fora cumprido, pois demonstrou-se que essa constitucionalidade fere diversos direitos fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio da isonomia; a garantia de um patrimônio mínimo necessário para se viver com dignidade e, principalmente, o direito à moradia.

Como já tratado no primeiro capítulo, o princípio da isonomia implica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. No caso do locatário e do fiador do contrato de locação não é diferente, ambos tem obrigações originadas do mesmo contrato, bem como possuem amparo na mesma Constituição Federal de modo que, tanto a lei, quanto a situação jurídica em questão são similares, devendo também sê-lo o direito à impenhorabilidade do bem de família previsto na Lei 8.009/90.

Outro ponto que ficou evidente após o desenvolvimento do estudo refere-se ao fato de que não se trata de tutelar o direito à moradia em oposição à propriedade, mas de tutelar o patrimônio mínimo que se faz indispensável à subsistência do fiador, e que se fundamenta na tutela constitucional da propriedade, que está condicionada ao cumprimento de sua função social.

Sustentando a eficácia direta dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas, encontra-se a tese do “mínimo existencial”, segundo a qual, do princípio da dignidade da pessoa humana, conjugado com uma interpretação sistemática do princípio do Estado Social, é possível extrair um “mínimo de existência”. Ou seja, confere-se ao indivíduo um direito subjetivo contra o Estado, na prestação de serviços sociais básicos que garantem uma existência digna.

No que tange à eficácia direta dos direitos fundamentais sociais, esta não envolve aniquilamento da autonomia privada, mas sua ponderação no caso concreto, o que deve ser mediado pela essencialidade do bem envolvido na relação jurídica.

Deste modo, cabe repensar os argumentos lançados pelo Ministro Joaquim Barbosa em seu voto: ponderar a renúncia aos direitos fundamentais, pois quando o fiador assina o contrato sabe que pode perder o bem de família.

Não há dúvida de que, quando opta por figurar num contrato de fiança, o fiador assume responsabilidade e manifesta seu livre-arbítrio, a sua autonomia privada. Porém, como foi exposto, a autonomia privada deve ser interpretada sob as luzes da função social do contrato, que protege os menos favorecidos e visa equilibrar os interesses na sociedade.

Considerando que um Estado que se queira democrático de direito deposita na dignidade da pessoa humana os contornos de sua axiologia material, torna-se indispensável o reconhecimento de direitos fundamentais. Evidentemente que a vontade do titular do direito deve ser absolutamente livre, mas a renúncia ao direito fundamental não pode importar lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, se o exercício da liberdade de contratar a fiança, implica por parte do fiador, em renúncia ao direito à moradia, que é considerado como direito humano, e em agressão à sua existência digna, contrariando o “mínimo existencial”, a impenhorabilidade de seu bem de família se impõe como forma de tutelá-lo como pessoa.

Por fim, quanto ao entendimento de que a norma que possibilita a penhorabilidade do bem de família do fiador protege o mercado imobiliário, há de se ressaltar que a realidade de mercado não possui força para subverter a tutela existencial da pessoa. A negativa à penhora do bem de família do fiador é postura necessária para busca de um verdadeiro equilíbrio de valores na sociedade contemporânea. Sob este aspecto, há de se ressaltar que o Estado pode e deve estabelecer meios mais adequados à proteção do mercado imobiliário, por meio de regras que, por exemplo, tornem o seguro fiança mais atrativo e protetivo ao direito de crédito do locador.

Diante dessas ponderações, conclui-se que, não se pode conciliar a penhorabilidade do bem de família do fiador com a Constituição Federal e a lei civil brasileira. A decisão do STF no Recurso Extraordinário 407.688/SP e a súmula 549 da Corte que entende ser “válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação” dão fundamento a um dispositivo totalmente ilógico e inconstitucional, criticado por toda a doutrina contemporânea,

de modo que a melhor solução é que a norma seja revogada, resolvendo-se definitivamente a questão e afastando-se grande instabilidade que existe sobre o tema.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família e a Lei 8.009/90**. Ver., ampl. e atual. com atual código civil brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Brasília. **Recurso Extraordinário nº 407.688/DF**. Ministro Relator César Peluso. Julgado em 8 de fevereiro de 2006. Publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 06 de julho de 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 605.709/SP**, Rel. Min. Dias Toffoli, Red. p/ ac. Min. Rosa Weber, j. 12.06.2018, Informativo n. 906 do STF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 06 de julho de 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04 ago. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 1º de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 05 ago. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm. Acesso em 04 ago. 2021.
- BRASIL. **Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L845.htm. Acesso em 04 ago. 2021.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extra-contratuais.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 5. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume I: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo Curso de Direito Civil, volume II: obrigações**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito das Obrigações**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1977

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://na-coesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 21 jul. 2021.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução Leônidas Hegernberg e Octanny S. da Mota. 5. ed., São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1993 – (Coleção “Pensamento Científico”).

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.