

REDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

DINNIE PAGANOTTO GOBBO PIRES

**INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO**

CARATINGA
2018

DINNIE PAGANOTTO GOBBO PIRES
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

**INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da professora Alessandra Dias Baião Gomes.

CARATINGA
2018

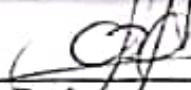
TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:
Inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação, elaborado pelo aluno Dinne Paganotto Gobbo Pires foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 10 de Julho 2018


Prof. Alessandra Dias Balão


Prof. Claudio Boy Guimarães


Prof. Rodolfo Assis Ferreira

DEDICATÓRIA

Aos meus amados pais, Delton e Marise, e ao meu estimado irmão, Denner.

AGRADECIMENTOS

Deus obrigada por me capacitar e me dar forças para alcançar mais essa graça.

Agradeço aos meus pais, Delton e Marise, por serem a motivação primeira de todas as minhas conquistas pessoais. Graças a vocês construí uma lista repleta de bons valores. Obrigada por acreditaram em mim e na minha capacidade. Amo cada um.

Ao meu irmão, Dennin, minha base e maior exemplo de dedicação e de profissional, você me inspira e me enche de amor.

À minha querida e amada vó Hilda, por ser minha inspiração de força e determinação, sempre cobrindo a minha vida de orações.

Ao meu maior companheiro Antônio, pelo carinho e paciência de sempre. Obrigada por compartilhar a sua experiência e o seu conhecimento, você me motiva.

As minhas amigas, especialmente Dri, Lulu e Tati agradeço pela amizade, a parceria inigualável, ao riso diário, sem nenhum esforço.

Agradeço ao Lucas Werneck pela disposição em partilhar um pouco de sua sabedoria.

À professora Alessandra Baião, pela cordialidade e por ter me dado a chance e as ferramentas que me permitiram chegar hoje ao final desse ciclo de maneira satisfatória.

RESUMO

O presente estudo aborda o bem de família do fiador, sob a perspectiva do *Direito Civil Constitucional*. O objetivo do trabalho é aferir a constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990. A tutela do bem de família ganha reforço ao se verificar que, com a evolução do Direito Privado, deixa o Código Civil de ser o centro das relações privadas, passando tal função à Constituição Federal de 1988. Diante dessa realidade, as relações privadas passam a ser analisadas e interpretadas com base na *tríade principiológica* do Direito Civil Constitucional, qual seja: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a isonomia ou igualdade substancial. Além desses princípios, para a concretização dos princípios constitucionais nas relações privadas, tem-se a noção da horizontalização dos direitos fundamentais. Essa forma de aplicação das normas constitucionais surge com o objetivo de cumprir o direito fundamental à moradia, consagrado como um direito social no Texto Constitucional (art. 6º da CF/88). Mesmo diante da existência de posição em contrário ao que se propõe no Supremo Tribunal Federal, o tema objeto deste estudo ainda carece de estudo, uma vez que alguns Tribunais de segunda instância vêm decidindo, no Brasil, pela inconstitucionalidade do dispositivo. Isso porque a exceção legal da impenhorabilidade fere os princípios da isonomia e da razoabilidade, além de ferir o direito fundamental a moradia.

Palavras-chave: Princípios. Moradia. Bem de família. Visão civil e constitucional.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO	13
1.1 – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o mínimo existencial	14
1.2 – Proteção Constitucional da Moradia	16
1.3 – Isonomia	18
CAPÍTULO 2 – BEM DE FAMÍLIA	20
2.1 – Conceito.....	20
2.2 – Formas.....	22
2.1.1 – Do Bem de Família Voluntário ou Convencional	23
2.1.2 – O Bem de Família Legal	25
2.3 – Julgados sobre as espécies de bens de família.....	28
CAPÍTULO 3 – INCONSTITUCIONALIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO	32
3.1 – O controle de Constitucionalidade	32
3.2 – Inconstitucionalidade do bem de família do fiador no contrato de locação e a falha no inciso VII do art. 3º da lei nº 8.009/90.....	34
3.3 – Posicionamentos dos tribunais	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles, a proteção da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), o direito à moradia, sendo este uma exteriorização do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 6º CF/88) e a isonomia (art. 5º, caput, CF/88). No entanto, conforme se extrai do art. 3º, VII, da Lei Federal 8.009/90 uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal refere-se ao imóvel de residência do fiador de locação. Nessa toada, prevalece, ainda, no Supremo Tribunal Federal a tese da penhorabilidade do imóvel do fiador. Entretanto, a inconstitucionalidade de tal previsão vem sendo sustentada por doutrinadores e incorporada a julgados estaduais.

A partir disso, o presente estudo buscará demonstrar que o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990 carece de constitucionalidade, uma vez que fere o princípio da isonomia e da razoabilidade, sem contar o fato de ferir o direito fundamental à moradia incluído pela Emenda Constitucional nº 26/2000. Ainda, visará analisar a tese que prevalece no Supremo Tribunal Federal sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador, demonstrando ser essa previsão inconstitucional, selecionando correntes doutrinárias que visam defender a tese abordada através de pesquisa bibliográfica. Por fim, será apresentado suporte jurisprudencial sobre a matéria em análise, que apresenta, principalmente, suporte teórico básico a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais.

Assim, ainda que não exista previsão legal e que confronte com o elencado no inciso VII do art. 3º, da Lei nº 8.009/90, não deve o fiador (em regra devedor subsidiário) suportar contrição maior do que o devedor principal perante o contrato de locação, bem como deve ter seu bem de família resguardado, sendo que, o que for de desencontro com tal hipótese viola gravemente os fundamentos do Estado e os direitos fundamentais do ser humano, dentre os quais, a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), da qual decorre a proteção constitucional da moradia (art. 6º da CF/88) e a isonomia (art. 5º, caput, da CF/88).

O presente estudo encontra seu marco teórico nas ideias contidas no artigo escrito pelo doutrinador e professor de Direito Civil Flávio Tartuce, A penhora do Bem

de Família do fiador de locação. Abordagem atualizada. Tendo seu texto sido publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processual:

o devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra devedor subsidiário – art. 827 do CC) pode suportar a constrição. A lesão à isonomia reside no fato de a fiança ser um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação). Em reforço, haveria desrespeito à proteção constitucional da moradia (art. 6.º da CF/1988), uma das exteriorizações do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, do Texto Maior).

Pontue-se que trata-se de um tema vivenciado por grande parcela da sociedade o que o torna, de suma importância. Além do que, a abordagem de tal assunto visa à busca da proteção do bem de família do fiador, visando defender os direitos fundamentais do indivíduo, sendo de extrema relevância para aqueles que possam vir a ter seu direito violado.

O estudo mostra-se justificado pela necessidade de modificar o entendimento jurisprudencial atual sobre a matéria, haja vista não se tratar de um problema tão simplório, podendo trazer assim um Direito mais renovado, justo e solidário, abrangendo principalmente os direitos inerentes ao fiador de contrato de locação.

Particularmente, o interesse pelo presente estudo se dá pelo inconformismo com o dispositivo legal que irá ser debatido, além do que trará consigo a aquisição de um vasto conhecimento, envolvendo a análise de correntes doutrinárias, jurisprudências dos tribunais sobre a matéria em análise, ampliando de forma significativa a formação profissional do pesquisador.

Para tanto, utiliza uma metodologia técnico-formal, pelo caminho do método lógico-dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfica, que consiste na análise das normas (*lato sensu*), da jurisprudência e de doutrinas relativas à presente temática.

Para justificar a afirmação principal proposta por este texto, em um primeiro momento, a preocupação da autora será de trabalhar com a ideia dos princípios fundamentais do Estado, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, a proteção constitucional da moradia e a isonomia. Em seguida será exposta a devida categorização do bem de família, em seu tratamento dualista

no sistema jurídico brasileiro. Serão expostas o conceito de bem de família, bem como as suas espécies na civilística nacional.

O último tópico, buscará enfrentar a tutela do bem de família do fiador na locação imobiliária, trazendo disposições acerca do controle de constitucionalidade, será apresentado e abordado a exceção legal da impenhorabilidade do bem de família, relativa ao fiador da locação imobiliária, constante do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/1990, o cerne desse estudo, trazendo posicionamento jurisprudenciais e doutrinários relativos à temática, para então realizar uma análise crítica quanto à atual posição do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a constitucionalidade de tal dispositivo. Será demonstrado, por oportuno, o posicionamento dos Tribunais, que mesmo após a decisão superior, continuam julgando pela inconstitucionalidade da norma vigente.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática proposta neste trabalho, qual seja, que o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990 carece de constitucionalidade, uma vez que fere o princípio da isonomia e da razoabilidade, sem contar o fato de ferir o direito fundamental à moradia incluído pela Emenda Constitucional nº 26/2000, faz-se necessária a apresentação de alguns conceitos essenciais para introduzir os conhecimentos necessários a compreensão do problema de pesquisa. Esses conceitos são: Princípios, moradia, bem de família e visão civil e constitucional.

A palavra princípio vem do latim *principium* e tem significação variada, podendo dar a ideia de começo, início, origem, ponto de partida, ou, ainda, a ideia de verdade primeira, que serve de fundamento, de base para algo.

Atualmente, como bem observa Ruy Samuel Espíndola:

existe uma unanimidade entre os doutrinadores em reconhecer o status de norma de Direito aos princípios jurídicos, ou norma jurídica, possuindo positividade, vinculatividade, eficácia positiva – que pode ser entendida, segundo o autor, como inspiração à luz hermenêutica e normativa que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incindíveis -, e eficácia negativa, assim entendida como a força de tornar inválidas as decisões que se contraponham aos princípios.

Lucia Valle Figueiredo, por exemplo, nos ensina que os princípios são: “[...] normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material deve respeito”.

Marcelo Harger conceitua os princípios como sendo:

normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade.

Já moradia é esse conceito é de fácil percepção, chegando a ser um consenso de que moradia ou morada é a casa onde se mora, residência em que

vive, habitação. E logo conceitos próximos também o completam como lar, abrigo, proteção, refúgio, família.

Nesse contexto, José Afonso da Silva pronuncia-se da seguinte forma:

No morar encontramos a idéia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo morar, do latim “morari”, que significava demorar, ficar.

No julgamento de um Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Cezar Peluso, ora Relator, sustentou o seguinte:

[...] o direito à moradia, como um direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito de moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. O direito é amplo. Não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários do imóvel. O direito à moradia é direito que deve ser reconhecido à ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e, portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia. (STF, RE 407688/SP, Rel. Min. Cesar Peluso, Julgamento 02 02 2006)

Na concepção de Afonso da Silva, significa “ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar e residir com animus de permanência, na condição de recôndito para abrigar a família”.

Ademais, segundo Flávio Tartuce, “o bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental ou outra manifestação familiar, protegido por previsão legal específica”.

Conforme nos ensina Ana Marta Cattani de Barros Zilveti:

Ao se falar em bem de família – originário do homestead americano –, constata-se o amparo efetivo e concreto do direito à moradia, contido no art. 6º da Constituição Federal de 1988, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social; bem como há a concreção da necessidade de se preservarem as bases patrimoniais satisfatórias do devedor, possibilitando o seu recomeço de vida

Ainda, segundo Silvio Salvo Venosa, o bem de família “constitui-se em uma porção de bens que a lei resguarda com os característicos de inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar”.

Por fim, entende-se como visão civil constitucional, a interpretação dos institutos privados a partir do Texto Maior e dos princípios constitucionais (TEPEDINO, 2004, p. 1). É a tendência do Direito Civil Contemporâneo que emerge à luz do direito civil constitucional.

A par dessa realidade, vale citar a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, que assim pondera:

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia uma disjunção: hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica.

Nesse contexto, pontua Flávio Tartuce:

Assim, nessa realidade contemporânea, surge o *caminho metodológico* denominado *Direito Civil Constitucional*, entendido como uma reconstrução axiológica que busca aplicar os valores constitucionais a todo ordenamento, inclusive ao Direito Privado.

Diante do exposto, os conceitos apresentados constituem um conjunto de informações essenciais a compreensão deste trabalho e possibilitarão a fluente leitura do capítulo que a apresentaremos a seguir.

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO

Com a nova concepção do Direito Privado, especialmente diante da *personalização* do Direito Civil, a tutela do indivíduo ganhou notável espaço no estudo desse ramo jurídico, sobrepondo-se aos interesses meramente patrimoniais, tão prestigiados em um passado civilístico próximo.

Assim, nessa realidade contemporânea, o Direito Civil Constitucional é entendido como uma reconstrução axiológica que busca aplicar os valores constitucionais a todo ordenamento, inclusive ao Direito Privado (TARTUCE, 2011, p. 383). Isso se deve ao fato de que a Constituição Federal é norma hierarquicamente superior às demais, irradiando regras e princípios para todo o sistema jurídico (PERLINGIERI, 2002, p. 5). O Direito Civil Constitucional representa novo olhar do Direito Privado para o Texto Maior.

Isso significa que há um inter-relacionamento entre o Direito Privado, em especial o Direito Civil, e a Constituição Federal. Há uma sadia simbiose entre tais campos do conhecimento jurídico, sendo que caminham juntos para efetivação dos fins sociais das normas, de forma a interagir os ramos público e privado, especialmente por meio da comunicação e da complementaridade, superando o modelo anterior da incomunicabilidade.

Não se trata de invasão de um ramo no outro, mas sim de interação necessária com o intuito de melhor servir o Estado e a sociedade. Os institutos privados são adequados de acordo com os valores constitucionalmente consagrados, uma vez que diversos institutos e princípios com natureza eminentemente privada ganham *status* constitucional.

Desta Forma, pelo caminho sem volta do Direito Civil Constitucional, abordaremos neste capítulo noções gerais sobre os princípios fundamentais do Estado, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o direito constitucional à moradia, direito social e fundamental e a isonomia, visando demonstrar que os institutos privados devem ser analisados e interpretados de acordo com tais princípios encartados no Texto Maior.

Com o presente capítulo busca-se demonstrar, de maneira introdutória, que o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990 carece de constitucionalidade, uma vez que

fere o princípio da isonomia e da razoabilidade, sem contar o fato de ferir o direito fundamental à moradia incluído pela Emenda Constitucional nº 26/2000, princípios estes que aqui serão devidamente expostos.

1.1 – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o mínimo existencial

Partindo do pressuposto de que o Direito é um conjunto sistemático de normas, valores e princípios – cujo objeto é regular a vida social –, a interação da Lei Maior com a Lei Civil representa a busca pela interação de todo sistema jurídico (SILVA, 1998, p. 3237 e MOREIRA, 2008, P. 114). Busca-se a efetivação dos fins sociais das normas jurídicas, com base nos três princípios básicos do Direito Civil Constitucional, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade social e o princípio da isonomia ou igualdade substancial (TEPEDINO, 2004, p. 11-20).

Enuncia o art. 1º, III, da CF/1988 que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Cuida-se daquilo que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*. É reconhecido como a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como indivíduo, de não ser prejudicado e de fruir de um âmbito existencial próprio. Consiste em assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Diante desse regramento inafastável de proteção humana é que está em voga, atualmente, falar em *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito Privado (FACHIN, 2001). Trata-se de afirmar que a pessoa, enquanto um fim, e não um meio, deve ser valorizada em detrimento do patrimônio (KANT, 1993, P. 77). Ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada. Deste modo, tal regramento deve ser utilizado como forma de instrução, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Nesse propósito, pondera Luiz Edson Fachin:

Princípios como o da dignidade da pessoa humana [...] integram conjuntamente a ordem constitucional positivada [...] não são “adornos” ou meras formulações de feição programática. Por este motivo não podem deixar de ser utilizados, nem sê-los (sic) apenas subsidiariamente; devem instruir a interpretação e a aplicação das

normas infraconstitucionais, mantendo a coerência e unidade próprias de um sistema (FACHIN, 2006, p. 77).

Por certo que é difícil a concretização exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações.

A Constituição Federal conferiu à dignidade da pessoa humana valor máximo no rol de direitos do indivíduo, sendo alcançável por todos, independentemente de pré-requisitos, mas simplesmente por sua condição de ser humano. Isso implica afirmar que não há apenas uma garantia formal, mas existe o reconhecimento material de tal direito, ao ponto de ser obrigação do Estado e dos jurisdicionados garantir condições mínimas de existência evitando-se desigualdades desproporcionais nas mais diversas relações jurídicas.

Cabe destacar que o Novo Código de Processo Civil realça a valorização desse princípio, especialmente no seu art. 8º, ao estabelecer que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem como, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficácia”.

É a qualidade inerente do ser humano, reconhecida pelo Estado, de que lhe são assegurados direitos fundamentais contra qualquer ato desumano ou degradante, bem como um mínimo necessário para viver de forma saudável.

A teoria do mínimo existencial ajusta-se à tese de que todo homem deve ter acesso a certas condições mínimas para que possa desfrutar de uma vida digna. A noção de mínimo existencial está intimamente ligada à concepção de dignidade da pessoa humana, no qual estabelece-se uma complementação entre esses dois conceitos, sendo um pressuposto existencial do outro. O mínimo existencial consiste em um direito fundamental que encontra suporte no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (TORRES, 1990, p. 69).

O mínimo existencial corresponde a um direito fundamental às condições materiais básicas da vida e ostenta tanto uma dimensão positiva – relacionada aos direitos prestacionais – quanto uma dimensão negativa – relativa aos direitos de defesa –, por meio do qual se impede a prática de atos pelo Estado ou por

particulares que subtraíam do indivíduo tais condições materiais indispensáveis para uma existência digna.

O mínimo existencial seria o amparo do Estado garantindo a cada indivíduo uma vida com o mínimo de dignidade possível, conferindo proteção a qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família, prover o seu sustento.

Nessa linha, Luiz Edson Fachin, desenvolveu *ateoria do estatuto jurídico 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. Essa teoria não tem o interesse de atacar a propriedade privada, mas afasta o caráter patrimonial das relações jurídicas privadas. O intuito é remodelar este instituto, determinando que o mesmo não se sobreponha à dignidade do indivíduo.

Conforme expõe Flávio Tartuce:

[...] a premissa do patrimônio mínimo pode ser retirada do art. 584 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). Com esse instituto preserva-se a dignidade da pessoa humana evitando que o pródigo dilapide seus bens quedando-se à miséria. (TARTUCE, 2017, p. 136).

Importante salientar que a Teoria do Patrimônio Mínimo tem por objetivo garantir os direitos daqueles que possuem um patrimônio estabelecido e nele têm a segurança de que seus bens estarão protegidos, gerando conforto à sua família.

1.2 – Proteção Constitucional da Moradia

A moradia, embora se consolide materialmente em um imóvel, não se realiza, exclusivamente, no direito de propriedade. Ao contrário, trata-se de um valor de conceito amplo. O direito fundamental à moradia emana do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que tem sido designado como um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna.

Embora tenha sido inserido no rol dos direitos fundamentais sociais somente no ano de 2000, através da Emenda Constitucional n. 26/2000 e positivada como outro objetivo da República, por meio do art. 6º, da CF, é reconhecido como direito desde 1948, quando o Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, concebida como marco internacional da origem da previsão do direito à moradia ao estabelecer que toda pessoa tem direito à habitação, inclusive à proteção do lar.

Para Pedro Lenza:

O direito social à moradia é fundamental, pois a moradia é um dos componentes básicos para uma vida digna. Como pode o cidadão viver sem uma moradia? A moradia serve de proteção, de amparo contra as intempéries da natureza, é na moradia que o cidadão abriga sua família, constrói seu lar.

Outrossim, segundo Flávio Pansieri:

O Direito à Moradia consolidado como Direito Fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no artigo 6º da Constituição brasileira, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz e dignidade e, segundo Pisarello, somente com a observância dos seguintes componentes se encontrar plenamente satisfeito: segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços e infraestrutura; custo de moradia acessível; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural.

Nesse contexto, a preocupação à efetivação do direito subjetivo ao acesso à moradia, bem como o direito à habitação adequada, faz parte da essência do ser humano e está relacionada em um mínimo necessário para se viver com dignidade.

Nessa toada, o direito à moradia surge, expressamente, como uma nobre finalidade na Constituição vigente, consistindo num verdadeiro acréscimo positivo, tendo como principal quesito a proteção do local em que o indivíduo habita, vez que, em verdade, viver dignamente sob um teto é fator imprescindível à existência de qualquer ser humano, aspecto que garante tal direito como merecedor de proteção.

Assim, o direito à moradia não pode deixar de estar inserido no rol dos direitos mínimos, pois sem a concretização desse direito, o indivíduo não pode viver dignamente.

1.3 – Isonomia

O princípio da dignidade da pessoa humana também encontra subsídios no respeito à igualdade, porque este, ao proporcionar equilíbrio, concretiza a dignidade. O princípio da isonomia é o que assegura a igualdade das partes, e advém da garantia constitucional, é o tratamento igualitário a todos os cidadãos perante a lei.

Neste contexto, *ocaput* do art. 5º da CF/88 menciona que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Isonomia que está prevista como:

Isonomia significa igualdade de todos perante a lei. Refere-se ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, "caput", da Constituição Federal, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Assim, de acordo com tal princípio, os méritos iguais devem ser tratados de modo igual, e as situações desiguais, desigualmente, já que não deve haver distinção de classe, grau ou poder econômico entre os homens.

Atenta-se que esse preceito possui dois aspectos. O primeiro dele é o formal, que “consiste em impedir o desigual tratamento de pessoas, sob os mesmos pressupostos de fato” (BORGES, 2001, p. 38). O segundo aspecto é o material ou substancial, que se relaciona à funcionalização da igualdade prescrita. Isso significa, que a igualdade não deve ser observada apenas como equidade de todos perante a lei, introduzida como direito fundamental de primeira geração, mas, sobretudo, como forma de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, máxima que surgiu com o reconhecimento do direito social, de segunda geração.

Por todo exposto no presente capítulo, vislumbra-se que as relações privadas passam a ser analisadas e interpretadas com base na *tríade principiológica* do Direito Civil Constitucional, qual seja: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a isonomia ou igualdade substancial. Além desse princípios, para a concretização dos princípios constitucionais nas relações privadas, tem-se a noção da horizontalização dos direitos fundamentais. Essa forma de aplicação das

normas constitucionais surge com o objetivo de cumprir o direito fundamental à moradia, direito social consagrado na CF/88.

Todas essas bússolas teóricas guiarão este estudo que, a partir do presente momento, analisará o instituto do bem de família e a inconstitucionalidade da exceção legal da impenhorabilidade do bem de família do fiador na locação imobiliária (art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990).

CAPÍTULO 2 – BEM DE FAMÍLIA

No presente capítulo, a fim de complementar o presente estudo e ampliar a justificação da afirmação principal proposta por este texto, será exposta a devida categorização do bem de família, em seu tratamento dualista no sistema jurídico brasileiro. Tal abordagem será realizada sob o prisma da personificação das relações privadas.

Serão expostas as espécies de bem de família existentes na civilística nacional, quais sejam as modalidades *convencional* e *legal*, diferenciando-as e demonstrando-se as suas peculiaridades.

Sucessivamente, serão apresentadas e abordadas as exceções legais da impenhorabilidade do bem de família legal, um dos cerne deste estudo.

O principal objetivo do presente capítulo é o estudo e a reflexão sobre a importância da proteção ao bem de família, afinal, o “bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tomando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (AZEVEDO, 2003, p. 11). Busca-se demonstrar que o bem de família é, além de uma forma de efetivar o direito constitucionalmente estabelecido à moradia, um meio de proteger a entidade familiar, vez que concretiza aquilo estabelecido por Fachin como patrimônio mínimo necessário para garantir a dignidade da pessoa humana.

2.1 – Conceito

Observa-se no Código Civil de 2002 uma mudança de paradigma ao positivar valores constitucionais que reafirmam a pessoa humana como centro dos institutos jurídicos, assegurando, especialmente por meio do sistema de cláusulas gerais, os direitos fundamentais garantidos entre os arts. 1º a 5º da Constituição Federal de 1988, dos quais se extrai a tríade fundamental desse novo método hermenêutico: dignidade-solidariedade-igualdade (TEPEDINO, 2004 e TARTUCE, 2014, p. 292-293). Nesse sentido, pode ser citada a inclusão da proteção dos direitos da personalidade na codificação geral privada de 2002, entre os seus arts. 11 a 21.

Amplia-se a proteção aos direitos existenciais, diante da análise à luz da personalização do Direito Privado, na busca de valorizar a pessoa humana, ao assegurar um patrimônio mínimo aos indivíduos. Trata-se do amparo de um *piso vital* ao ser humano, seja decorrente de uma entidade familiar tradicional ou não, uma vez ser obrigação do Estado garantir o mínimo existencial aos seres humanos que vivem em seu território.

Ao se falar em bem de família, constata-se o amparo efetivo e concreto do direito à moradia, contido no art. 6º da Constituição Federal de 1988, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social; bem como há concreção da necessidade de se preservarem as bases patrimoniais satisfatórias do devedor, possibilitando o seu recomeço de vida (ZILVETI, 2006, p. 256).

Tradicionalmente, o bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente do casamento, união estável, entidade monoparental ou outra manifestação familiar, protegido por previsão legal específica. A propósito, ao se ampliar a concepção de família, surgem novas formas e modalidades, além das tradicionais contidas nesse ditame superior, podendo ser citadas a família anaparental – aquela sem pais – e a família homoafetiva – existentes entre as pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2010, p. 48).

A esse propósito, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, a respeito da proteção legal, que “Norma que não excepciona nenhum devedor, colhendo todos, seja solteiro, casado, concubinato, em união estável, heterossexual ou homoafetiva. A lei é a mesma para todos; todos são iguais perante ela. Arts. 5º, *caput*, e 6º da Constituição Federal. Direito Social. Direito à moradia. Direito natural que deve ser preservado com a exclusão da interpretação restritiva para colher tão só o devedor casado, em afronta à interpretação teleológica do seu art. 1º” (TJSP, Apelação Cível 991.07.058288-3, Acórdão 4610251, Boituva, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Conti Machado, j. 30.06.2010, *DJESP* 20.08.2010).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a tese do “patrimônio mínimo”, ao reconhecer que o imóvel em que reside pessoa solteira estaria protegido pela impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990 (Súmula 364 do STJ).

Assim, compreende-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento atual pelo qual a impenhorabilidade do bem de família não visa proteger a família em

si. O objetivo da proteção é a pessoa humana, a premente necessidade do direito à moradia. Nesse contexto, valoriza-se a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

A doutrina contemporânea manifesta-se com concordância em relação e esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, como fazem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Para os juristas, “o conceito legal de entidade familiar não poderia ser tão duro, sob pena de se coroarem injustiças”. Assim, seriam “inatacáveis as palavras do culto Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: ‘... a Lei 8.009/1990 não está dirigida a um número de pessoas. Mas à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal” (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, 2003, p. 290-291).

Pois bem, o *homestead* surgiu no Direito norte-americano com o objetivo de assegurar às famílias texanas uma porção de terra rural livre de execuções, em momento histórico logo após a Independência daquele País (VANCE, 1934). Abordando muito bem a origem histórica da categoria, Álvaro Villaça Azevedo conceitua o bem de família como “um meio de garantir asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (AZEVEDO, 1999, P. 94).

Em apertada síntese, o bem de família pode ser definido como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar ou de pessoa solteiro, visando à concretização de um mínimo de direitos patrimoniais para que viva com dignidade.

2.2 – Formas

No atual sistema jurídico nacional, diante de um tratamento dualista, duas são as formas de bem de família, que convivem harmonicamente.

Inicialmente, podem os cônjuges ou entidade familiar (famílias decorrentes do casamento, uniões estáveis entre homem e mulher, uniões homoafetivas ou famílias monoparentais e outras), mediante escritura pública ou testamento, destinar fração

de seu patrimônio para instituir o *bem de família convencional* (arts. 1711 a 1722 do CC).

Além do bem de família convencional, a Lei 8.009/1990, baseada no trabalho acadêmico do Professor Álvaro Villaça Azevedo, dispõe sobre a impenhorabilidade do *bem de família legal*, que passou a ser o imóvel residencial (rural ou urbano) próprio do casal ou entidade familiar, protegido pela impenhorabilidade, independentemente de inscrição no Registro de Imóveis (proteção automática).

Passa-se à análise das duas formas de imóveis protegidos pela lei.

2.1.1 – Do Bem de Família Voluntário ou Convencional

O bem de família convencional ou voluntário pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, mediante escritura pública ou testamento, não podendo ultrapassar essa reserva um terço do patrimônio líquido das pessoas que fazem a instituição (art. 1.711 do CC). O limite estabelecido pela legislação visa à proteção de eventuais credores das partes envolvidas. Também pelo que consta da parte final desse dispositivo, o bem de família convencional não afasta a impenhorabilidade prevista em lei específica, o que confirma a tese da convivência das duas categorias. No caso de instituição por terceiros, devem os cônjuges aceitar expressamente a instituição, não podendo se falar em aceitação tácita, até mesmo pela necessidade de residência sobre o imóvel.

Para que haja a proteção prevista em lei, é necessário que o bem seja imóvel residencial – urbano ou rural –, incluindo a proteção a todos os bens acessórios que o compõem, caso, inclusive, das pertenças (art. 1.712 do CC). A proteção poderá ainda abranger valores imobiliários, se a renda servir para conservar o imóvel ou sustentar a família. Nessas condições, deverão ser respeitadas as limitações e procedimentos contidos no art. 1.713 e seus parágrafos.

A instituição do bem de família convencional deve ser efetuada por escrito e registrada no Cartório de Registro de Imóveis do local em que o mesmo está situado (art. 1.714 do CC).

Com a instituição do bem de família convencional ou voluntário, o prédio se torna inalienável e impenhorável, permanecendo isento de execuções por dívidas

posteriores à instituição. Entretanto, a Norma Geral privada estabelece três exceções quanto à tal proteção, descritas no seu art. 1.715. A primeira exceção diz respeito às dívidas anteriores à sua constituição, de qualquer natureza. A segunda é relacionada a dívidas posteriores, relacionadas com tributos relativos ao prédio, caso do IPTU. Na última ressalva, são mencionadas as despesas de condomínio, ainda que posteriores à instituição. Como se nota, as duas últimas exceções constituem obrigações próprias da coisa (*propter rem*), que seguem o bem com qualquer que com ele se encontre (obrigações ambulatorias).

A inalienabilidade, como regra, decorre do art. 1.717 do CC, sendo que, eventual venda do bem clausulado somente poderá ocorrer por meio de autorização judicial, sendo necessária a concordância dos membros da entidade familiar, ouvido o Ministério Público. A alienação do bem de família voluntário ou convencional, não havendo preenchimento dos requisitos legais, é nula, por fraude à lei imperativa (art. 166, VI, do CC).

Eventualmente, nas hipóteses de comprovada impossibilidade de manutenção do bem de família convencional, o juiz poderá – a requerimento dos interessados e ouvido o Ministério Público – autorizar a extinção ou sub-rogação real dos bens que o constituam em outros. Trata-se de uma hipótese de dissolução judicial do bem protegido (art. 1.719 do CC). Em tais casos, sempre devem ser considerados os interesses dos membros da entidade familiar, o que justifica a intervenção do *parquet*. De acordo com a jurisprudência, havendo sub-rogação, os efeitos são produzidos após o registro da substituição e não da instituição do bem anterior (TJMG, Apelação Cível 1.0024.07.775606-2/0011, Belo Horizonte, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 19.08.2008, DJEMG 29.08.2008).

No que concerne à sua administração, cabe a ambos os cônjuges, sendo possível a intervenção judicial, em caso de divergência (art. 1.720 do CC). A codificação privada seguiu a orientação relativa à equidade nos relacionamentos familiares, nos termos do art. 226 da CF/88 e no art. 1.511 do CC. Todavia, traz também uma tendência fora da linha contemporânea de *desjudicialização dos conflitos conjugais*, pois o juiz decidirá sobre a questão que interessa aos membros da entidade familiar.

Ressalta-se, mais uma vez, que o ideal buscado pelo instituto do bem de família é a proteção da pessoa, independentemente da estrutura ou tipo familiar (PEREIRA, 2004, p. 1.189). Prova disso é o disposto no art. 1.721 do CC, segundo a qual a extinção do bem de família convencional não decorre da dissolução da sociedade conjugal, seja por separação, divórcio, morte, inexistência, nulidade ou anulabilidade do casamento, podendo o cônjuge sobrevivente, em caso de ser único o bem do casal, requerer a extinção da proteção. Ademais, os efeitos de tutela permanecem enquanto viver o outro cônjuge, sendo que, se restarem filhos menores de 18 anos, mesmo falecendo os pais, a instituição perdura até que todos os filhos atinjam a maioridade (art. 1.716 do CC).

Por fim, determina o art. 1.722 do CC que se extingue o bem de família convencional com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, salvo em casos de sujeição à curatela. Mais uma vez, anota-se que essa extinção não impede a aplicação da proteção constante da Lei 8.009/1990.

2.1.2 – O Bem de Família Legal

Como antes destacado, a Lei 8.009/1990 tem origem no trabalho acadêmico do Professor Álvaro Villaça Azevedo, tido como seu *idealizador intelectual*. Pode-se afirmar, que a Lei do Bem de Família é uma das normas com maior aplicação prática na atualidade, o que releva a contínua preocupação do jurista citado com os valores sociais.

A Lei 8.009/1990 traça as regras específicas quanto à proteção do bem de família legal, prevendo o seu art. 1º que “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 em lei”.

De início, pontue-se que o bem de família legal difere do convencional por ser o primeiro apenas impenhorável e não inalienável. Sendo assim, afasta-se um indesejado efeito daquela categoria codificada. Outra diferença que merece ser

destacada é que a lei em comento tem notório caráter de norma cogente ou de ordem pública (AZEVEDO, 1999, p. 158-159).

Isso justifica a Súmula 205 do STJ, segundo a qual a Lei 8.009/1990 tem eficácia retroativa, atingindo as penhoras constituídas antes da sua entrada em vigor. Sendo norma de ordem pública, cabe o reconhecimento de ofício dessa impossibilidade de penhora.

Outra vantagem da lei específica é que a tutela da impenhorabilidade é automática, recaindo sobre o imóvel da pessoa ou da família sem qualquer ato ou iniciativa dela. Basta apenas que o imóvel seja destinado para a residência ou moradia permanente da entidade familiar, não sendo admitida a tese do simples domicílio (art. 5º, *caput*, da Lei 8.009/1990). Ressalta-se que a residência da entidade familiar depende apenas uma prova mínima, mesmo que documental, tais como comprovantes de pagamento de contas de água, luz, gás e telefone, sendo certo que outros meios probatórios podem conduzir o magistrado ao reconhecimento da penhorabilidade ou não.

Anota-se que, o Superior Tribunal de Justiça, contudo, vem entendendo que, também é impenhorável o único imóvel do devedor que esteja locado a terceiro, mas cujos rendimentos sejam utilizados para a locação de um outro bem, este sim destinado diretamente para a moradia. Tal situação nada mais faz do que proteger a moradia de forma indireta, conforme ordena o art. 6º da CF/88, podendo ser denominada como do *bem de família indireto*.

A questão consolidou-se de tal forma que, em 2012, foi editada a Súmula 486 do STJ, *in verbis*: “É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”. Ato contínuo, entendeu-se, ainda, que a premissa igualmente vale para o caso de único imóvel do devedor que esteja em usufruto, para destino de moradia de sua mãe, pessoa idosa (STJ, REsp 950.663/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.04.2012).

Debate incessante relativo ao tema diz respeito à possibilidade de limitação do valor do bem de família legal. Consigne-se que o STJ tem entendimento reiterado, segundo o qual é irrelevante o valor do bem para a devida proteção, cabendo, todavia, o seu eventual desmembramento para penhora parcial do imóvel em casos

de bem de alto valor, se isso for possível. Seguindo esse caminho, pode ser citado o Agravo Regimental no Agravo n. 1.406.830/SC, que julga da seguinte forma: “a orientação desta Corte de Justiça firma-se no sentido de que é viável a penhora de parte do imóvel caracterizado como bem de família, quando desmembrável” (Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012).

Além do imóvel, a lei referida assegura que no caso de a pessoa não ter imóvel próprio, a impenhorabilidade recai sobre os bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam da propriedade do locatário (art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990), excluindo-se a proteção aos veículos de transporte, obra de arte e adornos suntuosos (art. 2º). Em complemento à previsão dos veículos de transporte, o STJ editou no ano de 2010 a Súmula 449, prevendo que “A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”.

Por interpretação dessa norma, o que se deve levar em conta, em todos os casos, é a manutenção de um padrão normal de vida. Nesse sentido, cabe destacar a premissa número 3, publicada na Edição n. 44 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ: “A proteção contida na Lei n. 8.009/1990 alcança não apenas o imóvel da família, mas também os bens móveis indispensáveis à habitabilidade de uma residência e os usualmente mantidos em um lar comum”. Assim, todos os bens móveis que guarneçam o bem de família e que sejam essenciais à família ou à pessoa estão protegidos, levando-se em conta um *padrão médio de vida*. Em suma, sobram poucos utensílios e eletrodomésticos que possam ser constrictos no caso concreto.

Quanto às exceções à impenhorabilidade, ponto essencial deste trabalho, estão em um total de sete hipóteses, sete descritas no art. 3º da Lei 8.009/1990. São elas: a) nos casos de créditos de trabalhadores domésticos; b) créditos decorrentes de recursos financiados que originaram o imóvel; c) créditos relativos a pensões alimentícias; d) em casos de cobranças de impostos, taxas e contribuições relativas ao imóvel (obrigações *propter rem*); e) para a execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; f) no caso de ter sido o imóvel adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens, caso em que há

a necessidade de prévia sentença penal condenatória, nos termos da jurisprudência superior (nesse sentido: STJ, REsp n. 711.889/PR).

Além dessas exceções, a Lei 8.245/1991, conhecida como Lei de Locação Imobiliária ou Lei do Inquilinato, incluiu outra exceção à impenhorabilidade, qual seja, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação de imóvel urbano (art. 3º, VII, da Lei 8.245/1991).

Por fim, cumpre relevar que o Superior Tribunal de Justiça julgou recentemente que a boa-fé deve ser levada em conta da análise da tutela do bem de família.

Em julgado do ano de 2012, entendeu a Corte que a impenhorabilidade não prevalece nas hipóteses em que o devedor atua de má-fé, alienando todos os seus bens e fazendo restar apenas o imóvel de residência.

Assim, abre-se mais uma exceção, além do rol previsto no art. 3º da Lei 8.009/1990, tratado como meramente exemplificativo.

2.3 – Julgados sobre as espécies de bens de família

Como já demonstrado, o bem de família é protegido por previsão legal específica (arts. 1.711 a 1.722, do CC/02 e a Lei nº 8.009/1990).

Ademais, são inúmeros os acórdãos que demonstram a proteção do bem de família, colocando os direitos da personalidade e os direitos patrimoniais no mesmo plano.

Merece destaque, em tom ilustrativo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgado que reconheceu que a proteção da Lei 8.009/1990 pode ser estendida a imóveis de propriedade de pessoas jurídicas, adotando a tese do patrimônio mínimo:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA EM FACE DE BEM SERVIL À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. PRETENSÃO DA ENTIDADE FAMILIAR DE EXCLUSÃO DO BEM DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA E LEGITIMIDADE PARA O OFERECIMENTO DE EMBARGOS DE TERCEIRO. É BEM DE FAMÍLIA O IMÓVEL PERTENCENTE À SOCIEDADE, DÊS QUE O ÚNICO SERVIL À RESIDÊNCIA DA MESMA. *RATIO ESSENDI* DA LEI Nº 8.009/90.

Sobre o tema o Ministro Luiz Fux expôs a tese de que

1. A lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade negocial, mitigam o princípio *societas distat singulis*, peculiaridade a ser aferida *cum granu salis* pelas instâncias locais. 3. Aferida à sociedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit* (STJ, REsp 621399, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.2005, DJU 20.02.2006, p. 207).

Prossegue o MM. Julgador no entendimento de que

4. In casu, a família foi residir no único imóvel pertencente à família e à empresa, a qual, aliás, com a mesma se confunde, quer pela sua estrutura quer pela conotação familiar que assumem determinadas pessoas jurídicas com patrimônio mínimo. 5. É assente em vertical sede doutrinária que "A impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90, ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas, merece ser aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônios." (FACHIN, Luiz Edson. "Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo", Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 154). 6. Em consequência "(...) Pequenos empreendimentos nitidamente familiares, onde os sócios são integrantes da família e, muitas vezes, o local de funcionamento confunde-se com a própria moradia, DEVEM BENEFICIAR-SE DA IMPENHORABILIDADE LEGAL." [grifo nosso] (STJ, REsp 621399, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.2005, DJU 20.02.2006, p. 207).

E ainda propõe o Ministro que

7. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela constituição federal que autoriza excluir da execução da sociedade bem a ela pertencente mas que é servil à residência como único da família, sendo a empresa multifamiliar. 8. Nessas hipóteses, pela causa petendi eleita, os familiares são terceiros aptos a manusear os embargos de terceiro pelo título que pretendem desvincular, o bem da execução movida pela pessoa jurídica. 9. Recurso especial provido. (STJ, REsp 621399, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.2005, DJU 20.02.2006, p. 207).

A propósito, mais recentemente, seguindo a mesma trilha fundada no patrimônio mínimo, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que “a impenhorabilidade do bem de família no qual reside o sócio devedor não é afastada pelo fato de o imóvel pertencer à sociedade empresária” (STJ, Edcl no AREsp 511.486/SC, Rel. Min. Raul Araújo, j. 03.03.2016, *DJE* 10.03.2016, publicado no seu *Informativo* n. 579).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo que, no caso de locação do bem, utilizada a renda do imóvel para a manutenção da entidade familiar, a proteção permanece, conforme o teor da ementa a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA DE IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. LOCAÇÃO A TERCEIROS. RENDA QUE SERVE A ALUGUEL DE OUTRO QUE SERVE DE RESIDÊNCIA AO NÚCLEO FAMILIAR. CONSTRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEI N. 8.009/90, ART. 10. EXEGESE. SÚMULA N. 7-STJ. I. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado. II. Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula n. 7 do STJ. III. Agravo improvido.

Destarte, alguns Tribunais Estaduais, caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, têm entendido pela inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990, pela flagrante lesão à isonomia e à proteção da moradia. Cumpre destacar essa decisão:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES - APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - PENHORA - IMÓVEL DO FIADOR - BEM DE FAMÍLIA - DIREITO À MORADIA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E IGUALDADE - IRRENUNCIABILIDADE. A partir da Emenda Constitucional nº. 26/2000, a moradia foi elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao imóvel do fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito (TJMG- Agravo de Instrumento 1.0480.05.076516-7/002, Relator(a): Des.(a) D. Viçoso Rodrigues , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Fabio Maia Viani , 18ª CÂMARA

CÍVEL, julgamento em 19/02/2008, publicação da súmula em 13/03/2008).

Ainda neste sentido o julgador continua

Em respeito ao princípio da igualdade, deve ser assegurado tanto ao devedor fiador quanto ao devedor principal do contrato de locação o direito à impenhorabilidade do bem de família. Por tratar-se de norma de ordem pública, com status de direito social, a impenhorabilidade não poderá ser afastada por renúncia do devedor, em detrimento da família” (TJMG- Agravo de Instrumento 1.0480.05.076516-7/002, Relator(a): Des.(a) D. Viçoso Rodrigues , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Fabio Maia Viani , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/02/2008, publicação da súmula em 13/03/2008).

Por todo exposto, reafirma-se que a proteção do bem de família e quebra da impenhorabilidade, qual seja, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação urbana (art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990), deve ser analisada à luz do Direito Civil Constitucional, tendo como pano de fundo a horizontalização dos direitos fundamentais, visando a aferir a sua constitucionalidade, tema do próximo tópico deste trabalho.

CAPÍTULO 3 – INCONSTITUCIONALIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO

O presente e último capítulo deste estudo buscará enfrentar a tutela do bem de família do fiador na locação imobiliária, trazendo posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários relativos à temática, para então realizar uma análise crítica quanto à atual posição do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a constitucionalidade de tal dispositivo. Será demonstrado, por oportuno, que existem Tribunais Estaduais de segunda instância que, mesmo após tal decisão superior, continuam julgando pela inconstitucionalidade da norma vigente.

Será, ainda, abordado o controle de constitucionalidade, mecanismos pela qual se verifica que a norma prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não é compatível com a Constituição Federal, sendo portanto, inconstitucional.

Pontue-se, por derradeiro, que a contribuição almeja por este estudo é a de trazer fundamentos jurídicos que possibilitem a retomada e a ampliação do debate quanto à constitucionalidade ou não da exceção legal da impenhorabilidade do bem de família, relativa ao fiador da locação imobiliária, constante do malfado art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990.

3.1 – O controle de Constitucionalidade

Diante do objeto a se compor, cabe destacar que tanto os princípios quanto os direitos fundamentais contidos na Constituição determinam os limites e as diretrizes que as normas infraconstitucionais devem seguir, e muitas vezes possuem mais abrangência e poder de determinação do que normas expressas. E no possível detrimento a esses direitos tutelados pela norma constituinte, possibilitam a arguição de inconstitucionalidade da norma.

Para Alexandre de Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”. (MORAES, 2005, p. 627)

Assim, controle de constitucionalidade de normas seria verificação por um órgão competente da consonância ou compatibilidade de uma determinada espécie

normativa, levando-se em consideração a Constituição, que fundamenta a validade daquela norma e, portanto, não podendo ser contrariada pela norma inferior.

É necessário haver uma inconstitucionalidade, ou seja, “em sentido estrito decorre do antagonismo entre uma determinada conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e um comando constitucional (CF, art. 102, I, “a” e III; CF, art. 103, §2º)” (NOVELINO, 2015, p. 189).

Considerando a norma constitucional atingida, a inconstitucionalidade pode ser formal ou material, sendo que, a inconstitucionalidade formal ocorre com a violação, por parte do Poder Público, da norma constitucional que estabelece formalidades ou procedimentos a serem observados quando da elaboração de um determinado ato normativo. Já a inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo de leis ou atos emanados dos poderes públicos contraria uma norma constitucional de fundo, definidora de direitos ou deveres. Essa incompatibilidade viola o princípio da unidade do ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos se realiza de variadas formas, por órgãos diversos e em momentos distintos.

Vale destacar, que de acordo com o órgão jurisdicional competente, o controle pode ser difuso ou concentrado. A constituição brasileira de 1988 adota o controle jurisdicional misto (ou combinado), passível de ser exercido em ambas as vias. A competência para exercer o controle difuso (ou aberto) é atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário. Já o controle concentrado (ou reservado) pode ser exercido apenas por determinado órgão judicial.

De acordo com Marcelo Novelino:

“A finalidade principal do controle difuso-concreto é a proteção de direitos subjetivos. Por ser apenas uma questão incidental analisada na fundamentação da decisão, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida inclusive de ofício, ou seja, sem provocação das partes. Sua análise ocorre na fundamentação da decisão, de forma incidental (*incider tantom*), como questão prejudicial de mérito. O órgão jurisdicional não a declara no dispositivo, tão somente a reconhece para afastar sua aplicação no caso concreto. A pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional subjetivo, cuja legitimidade ativa é atribuída a qualquer pessoa cujo direito tenha sido supostamente violado em um caso concreto”.

No tocante aos efeitos da decisão, em regra, serão restrito às partes envolvidas no processo, sem atingir terceiros que não participaram da relação processual. Sob a perspectiva temporal, o reconhecimento da inconstitucionalidade, em regra, tem efeitos retroativos(*ex tunc*). Ademais, a declaração incidental não é vinculante, isto é, não anula a lei ou ato normativo que foi impugnado, pois essa prerrogativa, em regra, somente aplica-se ao modelo concentrado.

Portanto, este ato normativo ou lei permanece válido no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros. O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. A declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.

No âmbito dos tribunais, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou, onde houver, dos membros do respectivo órgão especial (CF, art. 97). A cláusula da reserva de plenário, deve ser observada tanto no controle difuso, como no concentrado, independente de previsão legal específica.

O controle concentrado de inconstitucionalidade, com seu efeito *erga omnes* e *vinculante*, centraliza esta decisão em um único tribunal, almejando-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formal).

3.2 – Inconstitucionalidade do bem de família do fiador no contrato de locação e a falha no inciso VII do art. 3º da lei nº 8.009/90

Ao se abordar a exceção contida no inciso VII do art. 3º da Lei 8009/1990, sempre existiu certa divergência entre a doutrina e a jurisprudência, relativa à sua constitucionalidade. Contudo, sempre prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça, salvo alguns poucos julgados, o entendimento pela penhorabilidade, tese também acolhida em São Paulo pelo extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil em sua maioria. Nesse sentido, a título de ilustração, vale transcrever:

“Locação. Fiança. Penhora. Bem de família. Sendo proposta a ação de vigência da Lei 8.245/1991, válida é a penhora que obedece seus

termos, excluindo o fiador em contrato locatício da impenhorabilidade do bem de família. Recurso provido” (STJ, REsp 299663/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.03.2001, DJ 02.04.2001, p. 334).

De toda sorte, o debate relativo ao tema parecia ter sido encerrado com a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 407.688/SP, que teve como Relator o então Ministro Cezar Peluso, prolatada em fevereiro de 2006. Todavia, discorda-se do fechamento do debate, uma vez que houve divergência dentro do próprio Excelso quando tal julgamento, prevalecendo, então, por sete votos a três.

Com o devido respeito, não se pode filiar a esse posicionamento jurisprudencial majoritário, uma vez que tal previsão é flagrante inconstitucional. Nessa toada, parte da doutrina, principalmente formada por civilistas contemporâneos, sustenta ser essa previsão inconstitucional.

Parte da doutrina, sustenta ser essa previsão inconstitucional, por violar a isonomia.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim concluem, sustentando que: “À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil –, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no art. 5º da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenha, a mesma causa jurídica: o contrato de locação” (2003, p. 289). No mesmo sentido, esse é o posicionamento de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal (2006, p. 357). Mais uma vez filia-se a essa tese minoritária, que, infelizmente, não prevalece em nossos tribunais.

Alerta-se, a propósito, que esse entendimento minoritário foi reconhecido pelo Ministro Carlos Velloso, em decisão monocrática pronunciada em sede de recurso extraordinário em curso perante o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Em trabalho doutrinário que escrevi ‘Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil’, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.03.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, 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 8.009/1991, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, encontra-se a contradição: a Lei 8.245/1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que a ressalva trazida pela Lei 8.245/1991, inciso VII do art. 3º, feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se que 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 do inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/1991, não foi recebido pela EC 26, de 2000” (STF, RE 352940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005, pendente de publicação).

A importância de ser voltar a debater a problemática reside no fato de que tribunais Estaduais de segunda instância têm entendido pela inconstitucionalidade da previsão, pelos argumentos antes deduzidos, somando-se a imperiosa necessidade de tutela da moradia.

Vale citar que há julgado do TJSP adotando parcialmente a tese, entendendo que o imóvel de residência do fiador, no caso de fiança prestada em locação não residencial, não pode ser penhorado (Processo 789.652.0/6. Rel. Des. Lino Machado, decisão de 2005).

Esclarece que o principal argumento para a inconstitucionalidade do dispositivo é a lesão à isonomia e à proporcionalidade. O fiador perde o bem de família e, em direito de regresso, não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal.

Ora, ao amparar o bem de família legal, a Lei 8.009/1990, com guarida nos princípios constitucionais – especialmente no direito fundamental à moradia –, assegura o mínimo existencial. Em reforço, no plano fático surge constatação natural que revela a quebra da isonomia. “Isso porque o devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra, devedor subsidiário) pode suportar a constrição” (TARTUCE, 2017, p. 650). Isso é inconcebível juridicamente, pois **a fiança é contrato acessório e, como tal, não**

pode trazer mais obrigações que o contrato principal. Na expressão destacada fica flagrante o atentado à razoabilidade e à proporcionalidade.

Voltando ao emblemático e combatido aresto do Supremo Tribunal Federal, duas premissas fundamentais foram utilizadas pelo Relator da decisão, Ministro Cezar Peluso, com o fito de amparar suas conclusões. A primeira tese é relacionada à autonomia privada, pois o fiador assume essa condição sabendo da possibilidade de penhora de seu imóvel de residência. Entendeu, que a pessoa tem plena liberdade de querer ou não assumir a condição de fiadora, devendo subsumir a norma infraconstitucionais se assim o faz, não havendo nenhuma lesão à isonomia. Na segunda vertente, argumentou-se que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/88. Seguiram esse posicionamento os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

A votação não foi unânime, pois entenderam pela inconstitucionalidade os Ministros Eros Grau, Ayres Brito e Celso de Mello. Em seu voto, O Ministro Eros Grau ressaltou a grande preocupação dos civilistas em defender os preceitos constitucionais, apontando que a previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 viola a isonomia constitucional. Isso, vale repetir, porque a fiança é um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações que o contrato principal.

O debate jurídico parece ter sido encerrado com a decisão do STF, cuja ementa é a seguinte:

“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, VII, da Lei 8.009/1990, com a redação da Lei 8.245/1991. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, VII, da Lei 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República” (STF, RE 407688/SP, São Paulo, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006).

Ledo engano. Não se deve entender dessa forma, o que pode ser percebido pela divergência gerada no próprio STF.

Com o devido respeito, o primeiro argumento utilizado pelo Relator parece enfraquecido pelos novos ditames contratuais, especialmente pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Em complemento, como antes desenvolvido, a constitucionalização do Direito Civil coloca a moradia no centro das relações jurídicas, devendo ser incrementados os mecanismos de sua concretização, caso da tese do *estatuto jurídico do patrimônio mínimo* (FACHIN, 2006). Em reforço, a vontade fica mitigada e condicionada ao fato de ser o bem de família absolutamente irrenunciável.

O segundo argumento, de tutela do mercado imobiliário, também não merece prosperar, uma vez que o ideal perseguido pelo Direito Civil Contemporâneo é a valorização da pessoa em detrimento do patrimônio. Além disso, constata-se que, nos últimos anos, a fiança pessoal, como forma de garantia locatícia, tem sido substituída por outras modalidades, caso da fiança bancária e do seguro fiança. Em tom complementar, como é notório, a Lei 12.112/2009 introduziu nova previsão de liminar na ação de despejo, quando o contrato for celebrado sem garantias ou quando elas desaparecerem no curso da locação (art. 59, §1º, IX, da Lei 8.245/1991). Nesse contexto, tornou-se comum a exigência da caução de três aluguéis, sendo possível o despejo liminar quando a garantia é superada pelo débito. Muitos locadores têm feito a última opção, inclusive para afastar alguns indesejáveis elementos da fiança.

Desta forma, verifica-se que, apesar de a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal ser pela constitucionalidade da norma, não se pode admitir mais subsunção do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990, de acordo com os argumentos ora declinados e conforme reconhecidos por muitos Tribunais Estaduais.

Ainda, cumpre destacar a existência de projetos legislativos de revogação do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990, norma essa que é totalmente incompatível com a Constituição Federal e que, quiça, em breve serão aprovados no Congresso Nacional. Cite-se, de início, o Projeto de Lei 408/2008, em trâmite no Senado Federal, proposto pelo Senador Papaléo Paes. Na Câmara dos Deputados, com o mesmo intuito, estão em trâmite pelo menos três projeções para a mesma revogação: PL 1.622/1996, PL 2.368/1996 e PL 1.458/2003.

Dessa forma, estamos diante de uma inconstitucionalidade material, haja vista que o conteúdo do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990 afronta princípios da Constituição aqui já anteriormente mencionados.

Portanto, passível de Ação Direta de Inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, “a”, primeira parte). Por ter a presente ação, como objeto, ato infraconstitucional impugnável no controle de constitucionalidade, sendo que na perspectiva material, o objeto da ação direta “se restringe às leis e atos normativos (CF, art. 102, I, “a”) que, dotados de vigência e eficácia, violem diretamente a Constituição” (NOVELINO, 2015, p. 225). No tocante ao aspecto temporal, as leis e atos normativos só serão admitidos como objeto de ação direta quando produzidos posteriormente ao parâmetro constitucional supostamente violado, como é o caso do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990. Há ainda a perspectiva espacial, onde só podem ser impugnados leis ou atos normativos federais e estaduais nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Sendo assim, o posicionamento adotado é no sentido de ser inconstitucional o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990, pois fere a isonomia e a proporcionalidade. Isso porque o imóvel residencial do fiador, mesmo contendo os demais requisitos legais, não é protegido, devido à exceção legal. Em reforço, em possível ação de regresso o bem do devedor principal não poderá ser penhorado, ante a proteção em comento.

3.3 – Posicionamentos dos tribunais

Não obstante a decisão do STF, alguns Tribunais Estaduais, caso do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, têm entendido pela inconstitucionalidade da previsão, pela flagrante lesão à isonomia e à proteção da moradia. Cumpre destacar essa decisão:

“Agravo de instrumento. Embargos à execução julgados improcedentes. Apelação. Efeito suspensivo. Penhora. Imóvel do fiador. Bem de família. Direito à moradia. Violação aos princípios da dignidade humana e igualdade. Irrenunciabilidade.

Sobre o tema o Desembargador Fábio Maia Viani expôs a tese de que

A partir da Emenda Constitucional 26/2000, a moradia foi elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito (TJMG, Processo 1.0480.05.076516-7/002(1), Rel. D. Viçoso Rodrigues, Rel. do acórdão Fábio Maia Viani, j. 19.02.2008, Publicação 13.03.2008).

Prossegue o MM. Julgador no entendimento de que

Em respeito ao princípio da igualdade, deve ser assegurado tanto ao devedor fiador quanto ao devedor principal do contrato de locação o direito à impenhorabilidade do bem de família. Por tratar-se de norma de ordem pública, com *status* de direito social, a impenhorabilidade não poderá ser afastada por renúncia do devedor, em detrimento da família” (TJMG, Processo 1.0480.05.076516-7/002(1), Rel. D. Viçoso Rodrigues, Rel. do acórdão Fábio Maia Viani, j. 19.02.2008, Publicação 13.03.2008).

A decisão reforça com precisão como deve ser encarada a proteção da moradia que consta do art. 6º da CF/88 nas relações privadas. Destaque-se que no mesmo sentido foram encontrados acórdãos de outros Tribunais Estaduais concluindo do mesmo modo. Nessa linha, podem ser citados o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Processo n. 1.0480.0516-7/002(1), Rel. Des. Viçoso Rodrigues, Rel. p/o Acórdão: Fábio Maia Viani, j. 19.02.2008, publicado 13.03.2008), o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (Acórdão 2008.025448-7/0000-00, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, *DJEMS* 08/06/2009, p. 36); o Tribunal de Sergipe (Agravo de Instrumento 2008203947, Acórdão 3245/2009, p. 11); o Tribunal de Santa Catarina (Embargos de Declaração 2006.027903-6, Blumenau, 2ª Câmara de Direito Civil, Relª. Desª. Salete Silva Sommariva, *DJSC* 19/03/2008, p. 139); o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Agravo de Instrumento 352.151-1, Acórdão 4.269, Curitiba, 16ª Câmara Cível, Relª. Desª. Maria Mercis Gomes Aniceto, j. 16/11/2006, *DJPR* 1º/12/2006) e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível 251772 – 57.2013.8.21.7000, Porto Alegre, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. 11/09/2013, *DJERS* 18.09.2013).

Ora, conforme se retira de praticamente todos os arestos citados, a penhorabilidade do bem de família do fiador, além de afrontar o direito à moradia, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. Isso devido ao fato de que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador, sobretudo porque a obrigação do fiador é acessória à do locatário e, assim, não há justificativa para prever a impenhorabilidade do bem de família em relação a este e vedá-la em relação àquele.

Assim, todos esses acórdãos reforçam a conclusão de que o diploma atacado não deve ser mais aplicado na realidade jurídica brasileira.

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bem de família surge como um instrumento de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que assegura o mínimo existencial às pessoas, especialmente no que interessa ao direito de moradia.

Em decorrência do presente estudo, foi possível chegar à conclusão de que, atualmente, a Constituição Federal ganha espaço no centro do ordenamento jurídico, de forma que as relações jurídicas e sociais ficam em sua órbita. Assim, as relações privadas devem ser interpretadas de acordo com as normas constitucionais, tendo como alicerce os seguintes princípios: dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia. Além dos princípios basilares, deve-se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental a moradia.

Ainda, é possível concluir que no ordenamento jurídico brasileiro, duas são as hipóteses de bem de família, quais sejam, o bem de família voluntário ou convencional e o bem de família legal, sendo que a existência das duas categorias não é excludente.

Destarte, no que diz respeito às exceções do bem de família legal, a principal controvérsia diz respeito à possibilidade de penhora do imóvel de residência do fiador na locação imobiliária. Nesse ponto, o posicionamento adotado por esta autora é no sentido de ser inconstitucional o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990, pois fere a isonomia e a proporcionalidade. Isso porque o imóvel residencial do fiador, mesmo contendo os demais requisitos legais, não é protegido, devido à exceção legal. Em reforço, em possível ação de regresso o bem do devedor principal não poderá ser penhorado, ante a proteção em comento.

Por fim, apesar de decisão do Supremo Tribunal Federal, pela constitucionalidade, o debate sobre o tema ainda persiste, diante da existência de acórdãos em Tribunais Estaduais que seguem a linha defendida por este artigo científico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Comentários ao Código Civil. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.
- BORGES, José Couto Maior. Teoria geral da isenção tributária. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407.668/SP. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4933200> Acesso em: 17/05/2018.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HARGER, Marcelo. Princípios constitucionais do processo administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril, 1993 (Coleção Os pensadores).
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

- NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2015.
- PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade da moradia. In: OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de. (Org.) Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Código Civil anotado. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TARTUCE, Flávio. A penhora do bem de família do fiador de locação. Abordagem atualizada. www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_fiadorII.doc
- TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil: Lei de introdução e parte geral. São Paulo: Método, 2014.
- TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: publicação do centro de estudos jurídicos, nº 42, 1990, p. 69-78.
- VANCE, W. R. Homestead exemption laws. In: SELIGAMAN. Encyclopaedia of the Social Sciences. Nova Iorque: s.n.,1934.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, 4ª edição, Atlas, 2004, p. 356.
- ZILVETI, Ana Maria Cattani de Barros. Novas tendências do bem de família. São Paulo: Quartier, 2006.