

(IM) Penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação

Márcio Adriano da Fonseca
Thomaz Henrique Cunha Leão¹

Resumo

O instituto bem de família foi originalmente criado por meio de lei, para proteger as famílias americanas diante de uma crise econômica, na qual, muitas delas perderam seus lares. Obtendo sucesso no desenvolvimento social, essa regra se espalhou por vários países, inclusive o Brasil. Regulamentados no Código Civil de 2002 do artigo 1711 ao 1722 e em lei específica, Lei 8.009/90, a proteção encontra respaldo na constituição de 1988 por seu atributo de respeito à dignidade da pessoa humana e direito à moradia, abarcados na Carta Magna. Apesar de ser regra, a impenhorabilidade do bem de família não é absoluta, pois foram inseridas algumas exceções pelo legislativo e através da lei 8.245/91, sendo ponto controverso nesse estudo, a possibilidade penhorar o bem de família do fiador de contratos de locação. A partir da inclusão do direito à moradia no *rol* de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador da locação por ferir norma constitucional. No entanto, tempos depois, em um novo julgamento, o Supremo Tribunal voltou atrás em seu entendimento, decidindo pela constitucionalidade da mencionada norma, com fundamento na autonomia da vontade. Diante do exposto, existe a indagação a respeito da constitucionalidade da permissão da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação. A visão inconstitucional avaliada nesse estudo é baseada no argumento da exceção da lei ferir o direito à moradia, afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

Palavras-chave: Bem de família do fiador; Dignidade da pessoa humana; Isonomia; Direito fundamental a moradia.

¹Artigo apresentado como trabalho de conclusão do curso ao “Departamento de Direito” do UNIPTAN/AFYA, no ano de 2020. O Artigo contou com a orientação do professor Dr. Daniel Albergaria Silva, responsável pela disciplina Seminário de Pesquisa I, e do professor(a) orientador(a) Jorge Heleno Costa.

Introdução

O presente trabalho de conclusão de curso estuda questões a respeito da possibilidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação. Esse estudo tem como propósito, avaliar a possível inconstitucionalidade da penhora do bem de família, presente na exceção do inciso VII da Lei 8.009/90, diante de preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Para esse fim utilizou-se de pesquisa bibliográfica, valendo-se de obras de renomados autores do direito de família, bem como de decisões de tribunais superiores, também foram utilizados trabalhos e artigos científicos que explanam sobre o tema, tais como, os autores Ortmeier e Cláudia Cinara Locateli, tendo como base o livro “A inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos locatícios”.

A problematização decorre em razão do contexto jurisprudencial atual do STF, a respeito da proteção ao bem de família do fiador em contratos locatícios para fins comerciais e residenciais, indaga-se se os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e direito à moradia poderiam estar em risco em vista da permissão da penhora do bem de família do fiador.

Justifica-se a pesquisa pela divergência entre a penhorabilidade do bem de família do fiador, frente às normas constitucionais e infraconstitucionais que protegem o bem de família.

Inicialmente é feita uma breve abordagem ao instituto bem de família, acerca de seu conceito e contexto histórico, até sua chegada ao Brasil, logo após, é demonstrado sua instituição nos códigos civis de 1916 e 2002 mostrando algumas características.

Nesse estudo também é mostrada a característica social e humanitária da constituição de 1988, que vincula todo o ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro, o qual será sempre regido pela dignidade da pessoa humana e igualdade entre todos.

Por fim, após análises das decisões judiciais e de leis envolvidas na questão, é questionada a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação.

1- BEM DE FAMÍLIA: CONCEITO, CONTEXTO HISTÓRICO, NO BRASIL

O bem de família deve ser pensado muito além de uma propriedade em seu aspecto físico, pois possui significado de abrigo destinado proteção da dignidade pessoa humana.

Segundo (DINIZ, 2005), o bem de família é uma parcela ou um prédio do patrimônio dos cônjuges, ou de entidade familiar, destinado para proteção e abrigo, assegurado pelo Estado, com a cláusula de ficar isento da execução por dívidas futuras.

Completando o pensamento do aludido autor, a proteção desse bem é de interesse do Estado, pois, a entidade familiar constitui um dos pilares de toda a sociedade, contribuindo para o conceito final de nação.

Nesse contexto, salienta-se que, o bem de família consiste em uma porção de bens resguardados pela lei com status de inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o núcleo familiar (VENOSA 2004).

O bem de família surgiu no século XIX, nos Estados Unidos, onde se formou a através da política do *homestead* (casa, terreno e anexo), na República do Texas. Nessa época, essa região passava por uma grave crise financeira, ocasionada por oscilações do mercado e por empréstimos excessivos por parte dos produtores rurais. As famílias texanas estavam passando dificuldades para pagar suas dívidas aos bancos europeus, que se estabeleceram naquela região, sofrendo execuções de seus bens e sendo levadas a miserabilidade.

A partir desse fato, a ideia do bem de família se consolidou em uma lei denominada *Homestead Exemption Act*, adotada pelo governo daquele território. Essa lei concebida a proteção contra a penhora da propriedade familiar, valorizando a dignidade e estrutura das famílias frente ao domínio econômico.

Decretada no ano de 1839, a Lei de proteção do bem de família, objetivava o desenvolvimento social, e proporcionou, à época, uma grande proteção aos residentes, evitando que famílias inteiras fossem despejadas de seu único bem. Posteriormente, esse instituto, espalhou-se para outros estados e de modo geral, para os outros países, como Espanha, Itália, Portugal, inclusive o Brasil. (MALUF 2013).

No Brasil, a proteção do bem de família foi habituada à legislação pátria, parcialmente regulamentado no Código Civil de 1916, instituída por somente quatro artigos, do 70 aos 73, encontrados no livro II, denominado “Dos Bens”. Estabelece o artigo 70:

É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade. (CIVIL, 1916)

Vê-se que no Código Civil revogado, o bem de família cabia ao chefe de família, já no o atual o Novo Código Civil/2002, é tarefa para ambos os cônjuges.

Ainda analisando o Código Civil de 1916, em seu artigo 71 fruía que:

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

Parágrafo único. A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se se verificar que a solução destas se tornou inexecúvel em virtude do ato da instituição. (CIVIL 1916)

Conforme visto, sem maiores detalhes, os artigos não delimitavam valor para sua instituição, ou seja, os chefes de família podiam livremente eleger um imóvel para que ficasse isento de execução por dívidas.

Em seu artigo 73, o código tratava, de modo muito sucinto, sobre a instituição do Bem de Família, onde continha a seguinte redação “a instituição deverá constar de escritura pública transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local e na falta desta na da Capital do Estado” (DINIZ, 2000).

Da leitura acima, nota-se que, quando o Bem de Família foi incorporado no Código Civil antigo, sua regulamentação era bastante precária, haja vista, que destinava apenas quatro artigos para regulamentar um assunto que, já naquela época, era de elevada importância, deixando muitas dúvidas e lacunas.

Nota-se igualmente, que o Código revogado de 1916, tinha certo viés patrimonialista, comum em um país, à época, de características agrária e patriarcal, onde se priorizava a propriedade.

No atual Código Civil de 2002, o Direito de Família é regido pelo princípio da dignidade humana, tendo como base o princípio da igualdade dos cônjuges, no que tange a direitos e deveres. (SOUZA, 2016)

Diferentemente do antigo Código de 1916, o qual se priorizava o patrimônio, no atual Código de 2002, ocorre um viés humanístico, herdado da Constituição Federal de 1988.

No novo código, o instituto Bem de Família foi inserido em sua modalidade voluntária, na qual deve ser instituída por vontade dos cônjuges, por escritura pública. Tal hipótese, está situada no Direito de Família, nos artigos 1.711 ao 1.722 o primeiro artigo que trata sobre o assunto é o 1.711, o qual preceitua que:

Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial (Código Civil, 2002).

O novo Código Civil de 2002 trouxe algumas alterações, como por exemplo, à inclusão de alguns bens móveis, que sejam fundamentais à manutenção do prédio, assim como regras de limitação de até 1/3 do patrimônio líquido familiar, à época da instituição.

Houve também uma relativização da regra da unicidade do instituto bem de família, que tinha antes a proteção do imóvel como um todo. No novo diploma legal, existe a possibilidade da divisão do imóvel rural ou urbano, quando for possível, para que se torne parte penhorável. Essa mitigação quanto indivisibilidade do bem de família, se deve a uma intenção por parte do legislador de impedir a fraude contra credores.

Apesar de algumas mudanças ocasionadas pelo Novo Código Civil, referente a este instituto, as novas regras têm estado de norma infraconstitucional, assim, devem obediência às normas e princípios constitucionais.

No que tange a esse instituto, o que interessa a esse estudo é o bem de família legal, que surgiu com a edição da lei 8009/90, emergindo como uma nova modalidade de proteção da residência familiar contra todo tipo de dívida civil, seja comercial, fiscal ou previdenciária. Para sua criação, não se faz necessária

a vontade do titular, bastando o indivíduo estar residindo no imóvel para ser caracterizado bem de família. O instituidor dessa modalidade é o próprio Estado, impondo por norma de ordem pública em defesa da família, independente de registro de imóveis (GONÇALVES, 2011).

2- A FAMÍLIA E SEU CONCEITO MODERNO

Em 1916, só era reconhecida família oriunda do casamento, com tradições religiosas, que tinha como base, o vínculo quase indissolúvel do casamento em razão da discriminação sofrida pelos desquitados (CARVALHO, 2018).

Com o tempo e a evolução da sociedade, bem como a entrada do Código Civil de 2002, o conceito de família foi modificando, e hoje em dia abrange vários tipos familiares, consistindo na junção de indivíduos que estejam ligados afetivamente, independentemente de sua forma. (ABREU, 2014).

Primeiramente, é importante mencionar que o reconhecimento por parte da constituição brasileira da união estável, tratada no (art. 226), e da família monoparental no (art. 226), ajudou sensivelmente na queda da hegemonia do casamento como meio único e legítimo de formação da família.

No modelo familiar contemporâneo a união de pessoas ocorre de diversas formas, se baseando na ligação dos laços afetivos, advindos da convivência, ou seja, basta que seus membros estejam juntos, desenvolvendo uma vida comum.

Dessa forma, hoje em dia são reconhecidas como família pelo ordenamento jurídico, desde a união estável, assim como as famílias formadas por somente um dos genitores da prole (monoparental), famílias formadas por um dos genitores da prole mais um companheiro (Mosaico), famílias homoafetivas, dentre outras.

3- CARACTERÍSTICAS SOCIAIS E HUMANAS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, EM QUE SE BASEIA A PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA

O Estado brasileiro teve sua atual constituição formulada no ápice de sua redemocratização. Vindo de um processo histórico, até então conturbado,

passando por regimes autoritários entre 1964 e 1985, onde era comum a restrição às liberdades e desrespeito aos direitos humanos.

A chamada “Constituição Cidadã”, promulgada em outubro de 1988, já trazia em seu preâmbulo uma amostra de seus valores, bem como os novos ideais de um novo Estado Democrático de Direito.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1998).

Na Constituição de 1988, ficou positivado o reconhecimento das garantias e direitos fundamentais do homem, valores universalmente aceitos na ordem internacional democrática, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, assim como os ideais de valorização da vida e promoção da paz.

Neste contexto, o indivíduo e a coletividade passaram a ser o ponto central a finalidade do Estado e para este, deve direcionar a proteção de seus direitos fundamentais, bem como a justiça social.

A dignidade da pessoa humana é caráter humanístico, dado pelo Constituinte originário ao novo diploma e se definiu de forma expressa no artigo 1º, no inciso III, Título I – Dos Princípios Fundamentais, art.1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III – a dignidade da pessoa humana;
(...) (BRASIL, 1988)

O princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao grau máximo de efetividade, atuando com status de norma jurídica, ao vincular todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, sendo agora, um fundamento incontestável do Estado Democrático de direito Brasileiro.

O princípio da isonomia, presente nas Constituições francesa e americana, foi validado após a II Grande Guerra, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela recém-criada “ONU” Organização das Nações Unidas, em 1948, que estabelece em seu artigo primeiro: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (Assembleia Geral da ONU, art. 1).

A isonomia foi igualmente inserida na carta magna brasileira, onde preceitua em seu artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição [...] (BRASIL, 1988).

Este princípio, figura como símbolo de Estados democráticos contemporâneo, não se resumindo somente a igualdade formal, tratando como iguais homens e mulheres perante a lei, mas como também, a igualdade material ou substancial, onde se busca sanar as desigualdades entre os indivíduos.

Essa ideia foi expressada na máxima aristotélica e repetida por Rui Barbosa, em sua “Oração aos moços”, a verdadeira igualdade é traduzida na seguinte frase: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (BARBOSA, 1999).

O direito à moradia digna, foi instituído como um pressuposto para a dignidade da pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Desta maneira, o direito a um “lar”, volveu-se direito humano universal, extensível a todas as partes do mundo.

Por essa conjectura, dentro dos direitos sociais estabelecidos e garantidos pela Constituição Federal de 1988, o direito à moradia, figura no rol das mais básicas necessidades do ser humano, sendo recepcionado por advento da Emenda Constitucional de número 26/00, no artigo 6º, *caput*.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988),(Grifo do autor).

Diante ao mencionado, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, se articula em torno do conceito constitucional de dignidade da pessoa humana e da igualdade, nestes ideais, se baseia a efetiva realização dos direitos sociais de seus cidadãos.

Nesse caminho, o Estado deve atuar na direção do reconhecimento da integralidade do sujeito, em suas aspirações e anseios sociais, referentes aos direitos fundamentais e garantias constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, atribui inegável valor ao núcleo familiar, lhe conferindo especial proteção, assegurando a moradia como um direito social fundamental. Dessa forma, a proteção do bem de família pode ser entendida como uma meta constitucional sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por essa importância, o direito a um lar deve garantido e ser tratado com extrema relevância pelo ordenamento jurídico.

4- O CONTRATO DE FIANÇA E A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

O contrato de fiança é aquele celebrado pelo fiador e o credor, no qual o primeiro garante satisfazer ao segundo uma obrigação, no caso da inadimplência do devedor. É considerado um contrato calção, o qual garante a execução do contrato principal. Está disciplinada no Código Civil de 2002 em três seções, do art. 818 ao 839.

Segundo PEREIRA, 2017, o contrato de fiança se classifica em:

Unilateral– porque gera obrigação somente para o fiador; b) gratuito – porque cria vantagem para uma só das partes, nenhum benefício auferindo o fiador; c) intuito personae – porque ajustado em função da confiança de que desfruta o fiador; e d) acessório – como todo contrato de garantia, porque pressupõe sempre a existência de uma obrigação principal. (PEREIRA, 2017)

Como visto, o contrato de fiança se configura como uma garantia pessoal ou fidejussória de um terceiro (fiador), agindo esse instituto como uma invenção jurídica feita para atenuar o risco de inadimplência.

Ponto controverso desse estudo, nesse tipo de contrato as condições para o fiador se mostram desfavoráveis, pois na forma de garantidor, não percebe nenhum benefício, porém, em caso de inadimplência do locatário, (devedor principal), responde o fiador com seu patrimônio pessoal, ainda que seja esse bem, seu único imóvel instituído como bem de família.

A impenhorabilidade do bem de família foi regulamentada na Lei Federal nº 8.009/1990, que dispõe em seu artigo 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 [...] (BRASIL, 1990).

Já no seu (artigo 3º, *caput*), da referida lei, preceitua que a impenhorabilidade do bem de família será:

“Oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza”. (BRASIL, 1990)

Logo, a chamada Lei do Inquilinato, Lei Nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Como forma de resguardar a fiança como garantia locatícia, alterou o artigo 3º da Lei nº 8.009/90, incluindo um novo inciso VII, adicionando a possibilidade da penhora: “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação” (artigo 3º, VII) (BRASIL, 1990).

A lei que estabelecia a impenhorabilidade do bem de família legal se mostrou inconveniente para o setor imobiliário, segundo o qual, essa proteção seria uma barreira na execução de créditos. Frente a essa pressão, o legislador inseriu uma nova exceção ao possibilitar penhorar o imóvel do fiador locatício, passando o fiador, a partir de 1991, apesar de discussões, a poder ter seu único imóvel penhorado em caso de inadimplência do devedor principal. (HORA NETO, 2007).

Tempos depois, a Emenda Constitucional nº 26 de 2000 estabeleceu em seu artigo 6º *caput*, o direito social à moradia, na classe dos direitos fundamentais:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 2000)

Incluso o direito à moradia no rol dos direitos sociais e frente à teoria da eficácia horizontal, era de se esperar que a nova norma constitucional se fizesse repercutir no mundo fático, como regra de auto aplicabilidade imediata, conforme expressa o art. 5º da Constituição Federal. “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido a jurisprudência e o STF passaram a decidir pela inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação frente a nova ordem constitucional prevista na EC nº26/2000 (ORTMEIER; LOCATELI, 2014).

Tempos depois, mais precisamente em 2006, o Supremo Tribunal Federal, realizou nova sessão sobre o assunto, onde julgou o Recurso Extraordinário n. 407688-SP, quando voltou atrás em seu entendimento na decisão transcrita abaixo:

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) (BRASIL, 2006).

Na citada decisão, a suprema corte brasileira, mesmo diante da superioridade dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, decidiu pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, decisão essa, fundamentada no princípio da autonomia da vontade.

Para o relator da questão, o ministro Cezar Peluso, a Lei 8.009/90 se mostra bastante clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade do bem de família de fiador, onde o cidadão dispõe de ampla liberdade de escolher se deve ou não ser fiador em contrato de locação de imóvel urbano, com esse ato, o fiador escolhe arcar com os riscos que essa condição implica. (ORTMEIER; LOCATELI, 2014).

Já em 2010, acontece o reconhecimento por parte do STF, da Repercussão Geral da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário 612.360 RG / SP, onde se fixou que:

[...] É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000. (Recurso Extraordinário 612.360 RG / SP)

Com mais esse entendimento ficou sedimentado a questão da penhorabilidade do imóvel do fiador, chegando o Superior Tribunal de Justiça em 2015 a editar a Súmula 549: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”. (Súmula 549, segunda seção, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015).

5 – (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

Ainda que as cortes superiores brasileiras tenham seu entendimento pacificado sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação, existem divergências na doutrina e nos operadores do direito sobre sua constitucionalidade.

Para esse grupo, é claramente visível que a exceção à impenhorabilidade prevista no artigo 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, afronta alguns princípios consagrados do ordenamento jurídico pátrio, como o da Isonomia, Dignidade da Pessoa Humana e Direito a Moradia, dentre outros.

5.1- Inconstitucionalidade frente ao princípio da isonomia

A exceção disposta no inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, fere a regra da isonomia, tratada no caput do artigo 5º da CR, que norteia o direito, tratando com desigualdade situações iguais. Nesse caso ao invés da lei fazer uma equiparação aos contratantes, permite um desequilíbrio na tutela estatal aos direitos de indivíduos que estão em um mesmo contrato, sob a mesma constituição.

Pelo fato do locatário, devedor principal, ter por lei a proteção a seu imóvel instituído bem de família, enquanto o fiador, devedor subsidiário no contrato de locação, poder ser tirado seu único imóvel, fica evidente a afronta princípio isonômico, pois nesse caso, eles têm a mesma base jurídica e direitos opostos (TARTURCE, 2005).

Se aceitação da penhora do bem de família do fiador em imóvel residencial é permitida levando em conta o direito à moradia do locatário, fica claro o tratamento desigual, pois se trata do direito à moradia tanto do locador quanto do fiador.

A disparidade entre locatário e fiador não se mostra somente na constrição de um direito fundamental a este, mas também pelo desequilíbrio no fato de um contrato acessório ser mais oneroso que o principal. (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

Ainda sobre o princípio igualitário, se faz imperioso citar uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que julgou o Recurso Extraordinário 605.709 / SP, o qual fora iniciado em 2014, onde se decidiu pela impenhorabilidade do bem de família do fiador na locação comercial. Nas palavras da relatora a Ministra Rosa Weber:

A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua **moradia**, cujo sacrifício, com a vênua dos que pensam em sentido contrário, não pode ser exigido a pretexto de **satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial** ou de **estimular a livre iniciativa**. Tal interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não foi, a meu juízo, recepcionada pela EC nº 26/2000. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do **princípio da isonomia**. Eventual bem de família de propriedade do locatário, vale recordar, não se

sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não vislumbro, assim, justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador (garante), sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na **locação de imóvel residencial**, não se presta à promoção do próprio direito fundamental à moradia.

Acrescento que, no caso de locação comercial, a imposição de restrições ao direito fundamental à moradia do fiador, por meio da penhora do único imóvel destinado à sua residência, tampouco se justifica sob o ângulo da proporcionalidade. A uma, porque a medida não é necessária, ante a existência de instrumentos outros suscetíveis de viabilizar a garantia da satisfação do crédito do locador de imóvel comercial, notadamente caução, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento (art. 37 da Lei nº 8.245/1991). A duas, porque conjecturas meramente teóricas, sobre a dificuldade ou a onerosidade na prestação de outras modalidades de garantia ou, ainda, sobre empecilho na obtenção de fiadores com mais de um imóvel, não legitimam, segundo compreendo, o sacrifício do direito fundamental à moradia em nome de projetada promoção da livre iniciativa.

Considerações a respeito da autonomia da vontade e da liberdade contratual do fiador não podem relegar o segundo plano a necessidade de observar os limites estabelecidos em normas de ordem pública, de natureza cogente, voltadas à promoção de outros valores constitucionalmente protegidos.

A imposição de limites à penhora de certos bens **constitui conquista civilizatória**, endereçada a assegurar o **mínimo existencial**. Admitir a penhora de bem de família para satisfazer débito decorrente de locação comercial, em nome da promoção da livre iniciativa, redundaria, no limite, em solapar todo o arcabouço erigido para preservar a dignidade humana em face de dívidas [...] (Recurso Extraordinário 605.709 / SP). (Grifo do autor)

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal se mostrou incoerente acerca da matéria, com tratamento diferente, visto ter, no passado, dado o seu entendimento sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação, onde priorizou a livre iniciativa frente o direito fundamental da moradia, beneficiando o mercado imobiliário.

Neste novo entendimento, ao decidir pela impenhorabilidade do bem de família do fiador na locação comercial, acontece uma clara reversão argumentativa referente à decisão anterior, onde a livre iniciativa não se sobrepõe ao direito a moradia. (MUNIZ, 2018).

5.2- Afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana

Segundo Flávio Tartuce (2011), o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente ao ser humano e é reconhecido pelo Estado e toda a sociedade com status de “superprincípio”, se relacionando diretamente com o direito civil na proteção da liberdade e direitos individuais.

Esse princípio se concretiza como fundamento do Estado Democrático de direito, o qual garante entre outros direitos ao cidadão, um patrimônio mínimo necessário à sua sobrevivência digna.

Nessa direção, a penhora do único imóvel do fiador nos contratos de locação se mostra como clara afronta ao mínimo existencial, que é um patamar de existência irrenunciável a qualquer indivíduo.

Diante de tais circunstâncias, em evidente grau de importância, deve-se priorizar a condição humana, de acordo com os preceitos constitucionais, diante da satisfação de um crédito.

A proteção conferida pela Constituição na tutela do patrimônio mínimo é regra de base da garantia ao direito de propriedade, não sendo assim incoerente ao direito a satisfação de créditos, pois, no estatuto da propriedade existe também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. (FACHIN, 2006).

5.3- Afronta ao direito à moradia

Sendo, incluído pela Emenda Constitucional n. 26, no art. 6º, da Constituição Federal, o direito à moradia, entre outros, é tratado como direito fundamental de segunda dimensão².

A moradia, nesse contexto, não se encerra em seu aspecto físico, se resumindo a um imóvel qualquer. Consiste no lar, onde o indivíduo se identifica junto dos seus, em uma conjuntura afetiva social, ao qual ele se situa. Esse lar é onde a família se desenvolve, sendo essa a entidade de fundamental significado ao Estado e que deve ser por ele protegida.

Ninguém deve ser privado do direito à moradia digna, essa regra está intimamente ligada à ideia da dignidade da pessoa humana, assim como direito a personalidade, privacidade e outros, os quais refletem diretamente nos fatores emocionais.

² Essa classificação não é tratada nesse estudo, pois não existe hierarquia entre dimensões ou gerações dos princípios, importando a pesquisa, o ataque a vários princípios e direitos constitucionais na questão da penhorabilidade do imóvel do fiador locatário.

A garantia a esse bem tão precioso é justamente a impenhorabilidade do bem de família, proteção essa, que foi negada injustamente ao fiador nos contratos de locação residencial.

Ao se referir a proteção à moradia, gravada como bem de família, deve-se verificar grau de necessidade do bem tutelado pelo Estado, visto que, em nível de importância, aparece grande disparidade quando se compara o direito de seus titulares, sendo o lar do fiador um sustentáculo material de sua existência, junto a sua família.

Considerações

Através dessa pesquisa, ao se refletir sobre a proteção à moradia, instituída como bem de família, é possível fazer algumas conclusões.

Diante do problema apresentado, esse estudo conclui pela inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação, pela análise, não há como harmonizar a penhorabilidade do bem de família do fiador com os preceitos da constituição brasileira, pois, além de afrontar a dignidade, o direito à moradia, ainda vai de encontro ao princípio da isonomia, dando tratamento diferente ao fiador e locatário em uma mesma situação.

Apesar da exceção de penhorabilidade inserida na Lei 8.009/90 ser atualmente pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, essa questão ainda é tema de divergências por juristas, ao envolver direitos civis e constitucionais.

Também fica clara afronta ao princípio da isonomia no novo entendimento do STF acerca da não penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de alugueis de imóveis comerciais, enquanto é mantida a permissão da penhora do bem de família do fiador nos contratos de alugueis residenciais.

É certo que o legislador deve verificar o grau de necessidade do bem tutelado pelo Estado. Sendo, incluído pela Emenda Constitucional n. 26, no art. 6º, da Constituição Federal, o direito à moradia, entre outros, é tratado como direito fundamental. Considerando constitucionalmente a posição de um bem material, o qual assiste a vida das pessoas, diante da livre iniciativa, deve-se decidir pela proteção a entidade familiar consagrada na CF.

Essa importância do bem de família frisada acima está clara na constituição brasileira, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e direito fundamental a moradia.

Referências Bibliográficas

ABREU, K.A.S. **Conceito de Família**. 13 de novembro de 2014. Disponível em:<<https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151335962/conceito-de-familia>>. Acesso em 12 de março de 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**, com comentários à lei 8.009/90. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

BRASIL. **Código Civil**, art. 818 - Lei 10406/02. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10684287/artigo-818-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>. Acesso em 22 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF – **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 612.360 SP**, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 28/09/2010. Fonte: Stf.jus.br:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcdataesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295>>. Acesso em 26 de abril de 2020.

BRASIL. Código Civil de 1916. **Do bem de família**. Lei N° 3.071, de 1° de Janeiro de 1916. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em 25 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei N° 8.009, de 29 de março de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 27 de abril de 2020

BRASIL. **Emenda Constitucional N°26, de Fevereiro de 2000**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm>. Acesso em 27 de abril de 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 de abril de 2020.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**, Ed. Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1999. Disponível em:<

http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em 19 de março de 2020.

BRASIL. Código Civil de 2002. **Texto Comparado: Código Civil de 2002 e o Código Civil de 1916**. Organização do texto: Silvio de Salvo Venosa. Ed. Atlas, São Paulo, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 1º. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 de março de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 5º. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 de abril de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 6º. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 de abril de 2020.

CEZAR PELUSO. **STF – RECURSO EXTRAORDINARIO: RE 407688 2006**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761975/recurso-extraordinario-re-407688-sp>> Acesso em: 28 de abril de 2020.

CARVALHO, D. M. **Direito das Famílias**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2018.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. p. 217. Disponível em: <<https://idoc.pub/documents/maria-helena-diniz-curso-de-direito-civil-v-1-teoria-geral-do-direitopdf-34wmdwro3wl7>>. Acesso em 20 de março de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). Ed. Saraiva, São Paulo, 2005.

FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol VI. 9. Ed. Disponível em:< <http://lelivros.love/book/download-direito-civil-brasileiro-vol-6-direito-de-familia-carlos-roberto-goncalves-em-epub-mobi-e-pdf/>>. Acesso em 26 de março de 2020.

HORA NETO, João. **O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/10149/o-bem-de-familia-a-fianca-locaticia-e-o-direito-a-moradia>>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10614493/artigo-1711-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>. Acesso em 18/05/2020.

MENEZES, F.C. **Perspectivas acerca das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal**. 22 de Outubro de 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33062/perspectivas-acerca-das-excecoes-a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-legal>>. Acesso em 24 de março de 2020.

MUNIZ, B. B. **STF continua a destruir o Direito: o caso do bem de família na locação comercial**. 27 de Julho de 2018. Disponível em: Jusbrasil <<https://lbmadogados.jusbrasil.com.br/artigos/605409748/stf-continua-a-destruir-o-direito-o-caso-do-bem-de-familia-na-locacao-comercial>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

ONU, Assembleia Geral (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>> Acesso em 21 de março de 2020.

ORTMEIER, Elvis Juliê; LOCATELI, Cláudia Cinara. **A inconstitucionalidade da Penhora do bem de família do fiador nos contratos de locatícios**. Disponível em: <<https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/grifos/article/view/2362/1430>>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

ORTMEIER, E. J.; LOCATELI, C. C. **A Inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos locatícios**. Ed. Revista Grifos, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/grifos/article/view/2362>>. Acesso em: 25 de abril de 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2017.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da. **O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade**. Veredas do Direito, Disponível em: <<https://heionline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rveredire6&div=20&id=&page=>>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família: voluntário e legal**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Ed. Melheiros, São Paulo, 1998.

SOUZA. Geildson Lima. Direito Civil. **A evolução no conceito de família: a família como instrumento na busca da felicidade.** Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade>>. Acesso em 26 de março de 2020.

STF. **Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINARIO. RE 605709/SP**, rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ ac. Min. Rosa Weber, julgamento em 12.6.2018. (RE-605709). Disponível em: /www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo/informativo906.htm>. Acesso em 26 de março de 2020.

SÚMULA 549. **Bem de família, julgada em 14/10/2015, DJe 19/10/2015.** Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27549%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27549%27).sub)>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

TARTURCE, F. **Penhora de imóvel de família de fiador é inconstitucional.** 26 de Agosto de 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-ago-26/penhora_imovel_familia_fiador_inconstitucional>. Acesso em 28 de abril de 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** Ed. Atlas, 2004. Disponível em: <<http://files.integradodireito.webnode.com.br/2000000051de5f1edfe/VENOSA,%20S%C3%ADlvio%20Salvo%20de.%20Direito%20Civil,%20Parte%20Geral,%20Vol.%201,%202004.pdf>>. Acesso em: 17 de maio de 2020.