

A tutela jurídica do mínimo existencial e o direito à moradia do fiador nos contratos de locação

Jaqueline Satie Hamada

RESUMO: Tendo em vista que o bem de família é um instituto jurídico criado com a finalidade de conferir proteção ao patrimônio mínimo necessário para a preservação da dignidade da pessoa humana, e que a garantia à moradia instrumentaliza o desenvolvimento pessoal do indivíduo e da entidade familiar, revela-se inconsistente a manutenção da penalidade imposta à figura do fiador que se coloca como garante de uma relação jurídica obrigacional da qual se quer se beneficia, uma vez que o mesmo encargo não se impõe ao beneficiário direto da relação jurídica livremente instaurada, que se encontra completamente amparado pela impenhorabilidade conferida pelo ordenamento jurídico. Este estudo apresenta análise dos argumentos expostos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 407.688, ocasião em que a Suprema Corte declarou a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, mesmo diante da inclusão do direito à moradia ao texto constitucional, a fim de que se possa aferir a legitimidade da relativização do bem de família do fiador. Pelo exame dos institutos e normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, aliada aos preceitos constitucionais de promoção de condições dignas de existência ao indivíduo e proteção à entidade familiar, verificou-se, com a análise das decisões dos tribunais que relutam em aplicar a medida constritiva ao fiador, que o estímulo à livre iniciativa e a manutenção da lógica de mercado não legitimam as restrições ao direito fundamental à moradia do fiador.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de família. Impenhorabilidade. Fiador. Mínimo existencial. Direito à moradia.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções gerais sobre patrimônio. 3. O patrimônio mínimo existencial. 4. O bem de família legal ou involuntário. 5. O direito fundamental à moradia. 6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise do RE nº 407.688. 7. A legitimidade da medida constritiva e o posicionamento jurisprudencial acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador. 8. Novos horizontes a caminho do reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família do fiador a partir do julgamento do RE nº 605.709 pelo STF. 9. Conclusão. 10. Bibliografia.

TITLE: The guarantor's legal protection of the existential minimum and the right to housing in the leasing agreement

ABSTRACT: In view that the family property is a legal device created with the goal of protection regarding the minimum necessary property to maintain the dignity of human person, and that the assurance to have a home enables an individual and a familiar personal development, reveals itself to be inconsistent concerning the sustenance of the penalty forced to the guarantor figure, which presents himself as the warrantor in a contractual legal relationship which he intends to benefit from, whereas

the same obligation is not inflicted towards the immediate beneficiary from the legal relationship that was freely established, which remains entirely protected through its unseizability granted by the legal order. This study brings analysis of arguments from the Brazilian Supreme Court verdict RE 407.688, whose result was certifying the constitutionality of the guarantor's family property, even before the inclusion of the right to housing in the Constitution, with the intention of assess the relativization legitimacy from the guarantor's family property. By means of the research of the Brazilian institutes and legal order in force, associated to the constitutional commandments regarding the dignified conditions of individual existence and the protection of the familiar entity was verified, with an analysis of courts decisions which are reluctant to apply on the guarantor a constrictive measure, that the incentive to a free initiative and the maintenance of market logic do not legitimate restrictions towards the fundamental guarantor's right to housing.

KEYWORDS: Family Property. Unseizability. Guarantor. Existential minimum. Right to housing.

CONTENTS: 1. Introduction. 2. General notions about property. 3. Minimum existential property. 4. The legal or involuntary family property. 5. The fundamental right to housing. 6. The jurisprudence of the Brazilian Supreme Court: review of the RE nº 407.688. 7. The legitimacy of the constrictive and the jurisprudence positioning about the (un)seizability of the guarantor's family property. 8. New horizons towards the acknowledgment of the unseizability of the guarantor's family property since the verdict RE nº 605.709 of the Brazilian Supreme Court. 9. Conclusion. 10. Bibliography.

1. Introdução

Historicamente, o Direito Civil esteve vinculado aos valores individualistas que conferiam à legislação privada evidente feição patrimonialista. À luz do movimento de Constitucionalização do Direito Civil, buscou-se reformular os paradigmas do direito privado, a fim de se construir uma leitura de seus institutos jurídicos adequada às diretrizes constitucionais.

Em contrapartida à visão tradicionalista do Direito Civil, a nova concepção parte de uma visão mais humanizada de suas normas, que prioriza a proteção do sujeito constituído a partir de sua dignidade. A respeito dessa perspectiva, emerge a noção de um patrimônio mínimo que busca resguardar o sujeito na sua esfera existencial, com base na proteção de certos bens mensurados conforme diretrizes elementares para a efetivação de uma vida digna.

Em termos de fundamentação constitucional, a tutela jurídica do mínimo existencial está atrelada à dignidade da pessoa humana, princípio que se coloca como valor central da ordem constitucional, e justifica a preocupação do ordenamento jurídico em garantir a proteção ao patrimônio mínimo existencial do indivíduo.

O instituto jurídico do bem de família se insere como um dos mecanismos de concretização da proteção aos bens essenciais, constituindo um dos elementos do patrimônio mínimo. O regime, como temos hoje, surgiu em 1990 por meio da Lei 8.009. A essência do bem de família constitui a garantia da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, condições mínimas de preservação e desenvolvimento da entidade familiar.

Conforme o disposto na Lei 8.009/90, Lei do Bem de Família, vê-se que o legislador, mesmo diante da hipótese de inadimplemento da obrigação assumida pelo devedor, buscou conferir uma proteção mínima ao único imóvel destinado à residência do proprietário-devedor e da entidade familiar e aos bens móveis necessários ao desenvolvimento destes, conferindo a impenhorabilidade a esses bens.

Da análise desses institutos emerge uma grande controvérsia quando constatamos que, apesar da defesa pelo ordenamento jurídico do patrimônio mínimo e do instituto do bem de família, a mesma proteção não é garantida à figura do fiador e a sua entidade familiar.

A Lei do Inquilinato, Lei 8.245/91, alterou o artigo 3º da Lei 8.009/90, que passou a prever a obrigação decorrente de fiança firmada em contrato de locação, como hipótese de exceção à regra da impenhorabilidade. A partir da inclusão do direito à moradia na Constituição Federal de 1988, por meio da EC nº 26/2000, passou a se questionar sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador.

Nesse cenário, a controvérsia foi levada à julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 2006, por meio do RE 407.688. Na ocasião a Suprema Corte decidiu por maioria dos votos que a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação não afronta o direito à moradia do fiador, declarando a constitucionalidade da medida restritiva. Todavia, a decisão do STF não se apresenta como a mais adequada com as normas e princípios constitucionais.

Desse modo, o objetivo precípuo da pesquisa é apresentar proposta de alteração do entendimento consolidado que viabiliza a penhora do bem de família do fiador no contrato de locação, partindo da análise do instituto jurídico do bem de família no contexto do patrimônio mínimo. Avaliam-se os principais argumentos que deram sustentação à afirmação pela constitucionalidade da penhora do imóvel bem de família do fiador, a fim de aferir qual seria a legitimidade da relativização do bem de família do fiador.

O levantamento de discussões acerca da necessidade de se resguardar o mínimo existencial na sua maior amplitude, buscando conferir tratamento isonômico a situações que se apresentam iguais, e não o contrário como acontece hoje, poderá impactar, diretamente, a maneira como as exceções às impenhorabilidades são tratadas atualmente, podendo, dessa maneira, contribuir para que a situação do fiador seja revista.

Para tanto, o estudo se propõe a realizar análise bibliográfica e jurisprudencial acerca da temática proposta, explicando os conceitos iniciais de patrimônio, bem de família, direito à moradia e patrimônio mínimo para que se possa entender a finalidade do ordenamento jurídico em estabelecer tais institutos. Logo após, passa-se a análise do acórdão paradigmático do STF, avaliando os principais argumentos que deram sustentação à declaração de constitucionalidade da medida restritiva. Nesse ponto, é importante expor a aplicabilidade da decisão da Suprema Corte pelos tribunais, antes e depois do julgamento do RE 407.688, para que, enfim, se possa aferir a legitimidade da medida imposta aos fiador e avaliar a possibilidade de se conferir a mesma proteção à figura do fiador.

2. Noções gerais sobre patrimônio

Tradicionalmente, patrimônio pode ser compreendido como o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente de uma pessoa, natural ou jurídica. Representando a integralidade de bens dotados de economicidade pertencentes ao seu titular, sejam esses bens corpóreos (casa, automóvel) ou bens incorpóreos (direitos autorais).¹

Em uma visão ampla, o conceito engloba o complexo de direitos reais e obrigacionais do sujeito, não abrangendo outros direitos que não têm cunho pecuniário. Por esse motivo, não estão compreendidos no patrimônio os chamados direitos extrapatrimoniais, quais sejam, os direitos de família puros e os direitos da personalidade, visto que a noção de patrimônio refere-se, exclusivamente, aos bens economicamente apreciáveis.

Importante destacar que a ideia de patrimônio não se confunde com o conjunto de bens corpóreos, mas verdadeiramente representa a integralidade de relações jurídica, direitos e obrigações de crédito e débito, valoráveis economicamente. Nessa toada, Caio Mário afirma, com propriedade, a necessidade de se considerar que tanto os direitos quanto os compromissos o integram, pois o patrimônio se compõe tanto do ativo quanto do passivo:

No comércio social, os indivíduos travam relações que produzem efeitos econômicos, ora adquirindo a faculdade de exigir uma prestação, ora assumindo, a seu turno, o compromisso de prestar. Qualquer dessas operações, de uma ou de outra categoria, tem o que se pode chamar de reflexo patrimonial, por implicar uma determinada projeção de natureza econômica: quando uma pessoa entra em

¹FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. São Paulo: Atlas, 2015, p.423.

comércio com outra e realiza um negócio, gera-se um fenômeno econômico ou de natureza patrimonial, mesmo que não se saiba de antemão se o resultado será positivo ou negativo. Mas de uma ou de outra forma, este resultado afetará o patrimônio da pessoa. Daí dizer-se que o patrimônio não é apenas o conjunto de bens. Se assim o fosse, o resultado negativo daquela operação estaria fora do patrimônio e não o atingiria, o que não é verdade. Para bem compreendermos em sua maior extensão a ideia de patrimônio, é indispensável que observemos a incidência dos resultados positivos e negativos sobre o complexo econômico da pessoa, e aceitando que ele os receba a ambos, concluímos que, num dado momento, tanto os direitos quanto os compromissos o integram.²

Esse conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis de um sujeito constitui uma unidade patrimonial, ainda que oriunda de diferentes fontes. Portanto, ainda que se possa individualizar um conjunto de bens no patrimônio de um sujeito, não se descaracteriza a unidade econômica deste.

A função primordial do patrimônio é servir de garantia para os credores do titular caso ocorra o inadimplemento das obrigações assumidas por este. Considerando-se a integralidade de direitos de uma determinada pessoa, o patrimônio se direciona para garantir o pagamento dos credores, portanto, na ausência de cumprimento voluntário das obrigações, permite-se aos credores, com o auxílio do Poder Judiciário, alcançar o patrimônio do devedor para retirar a quantia necessária para solvê-las.

Mesmo que a finalidade do patrimônio seja de servir como garantia dos credores do titular, nem todos os bens do devedor poderão sofrer constrição judicial. A lei põe a salvo de ser constritos judicialmente os intitulados bens de família, instituto que será oportunamente abordado.

O conceito de patrimônio, desde sua concepção, foi submetido a diversas transformações até chegar a sua definição atual. A maior delas foi a superação das questões referente à noção de unicidade e indivisibilidade do patrimônio. “Nesse contexto, ganha força a ideia de que a pessoa deve se servir do patrimônio, e não o contrário.”³

²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 391.

³XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. *Transformações no conceito jurídico de patrimônio: a contribuição de Luiz Edson Fachin*. In, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Transformações no direito privado nos 30 anos da constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 241.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald reconhecem a necessidade de se formular uma leitura do patrimônio atrelada a uma perspectiva humanista, afirmando sua funcionalização à promoção da dignidade da pessoa humana. Desse modo, verifica-se a necessidade premente de se reformular a ideia de patrimônio para abarcar, não apenas as relações patrimoniais da pessoa, mas, igualmente, os valores atrelados à própria pessoa, pois:

a partir dessa noção fundamental, lícito será concluir que a pessoa (natural ou jurídica) está caracterizada, também, pela titularidade de um patrimônio. Logo, é imperioso afirmar que o patrimônio representa economicamente a pessoa, vinculando-o, por conseguinte, à personalidade do seu titular, com forma de consubstanciar o respeito à dignidade, à honra, à vida, à saúde etc.

Em outras palavras, o patrimônio, aderindo à personalidade do titular, há de se servir como elemento de realce da fundamental dignidade da pessoa humana, firmada constitucionalmente (art. 1º, III).⁴

Nessa ordem, a proteção jurídica conferida ao patrimônio é reflexo da necessidade de se resguardar a própria dignidade do sujeito, titular das relações jurídicas economicamente estabelecidas. Existe, sem dúvida, uma relação direta entre as relações patrimoniais e a necessidade de se assegurar o respeito a condições mínimas de subsistência do indivíduo.

3. O Patrimônio Mínimo Existencial

O patrimônio mínimo pode ser conceituado como a proteção conferida aos bens tidos como essenciais que, independentemente de previsão legal nesse sentido, gozam de imunidade, pois visam garantir condições dignas de existência ao indivíduo. Desse modo, estariam esses bens protegidos de eventuais medidas constritivas de terceiros, visto que, diante de interesses meramente patrimoniais, a pessoa não poderia ser reduzida à condição de miserabilidade. Todavia, não se pode formular uma conceituação exata do que seja o direito ao mínimo existencial. Trata-se de conceito que decorre de diferentes fatores.⁵

⁴FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral*, cit., p.423.

⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 827.

Nesse cenário, o Direito Civil, que sempre regulamentou as relações privadas, precisou adequar seus institutos, primordialmente individuais e patrimonialistas, às necessidades sociais de proteção do ser humano em sua completude. Nesse diapasão:

Esse processo de mudança - fundado nos ideais do Estado Social - permitiu que o direito privado fosse, paulatinamente, sendo humanizado, alicerçado sempre pela dignidade da pessoa humana. Solidificando tal ideário, a Constituição Federal de 1988, ao elencar um rol de direitos e garantias fundamentais, passou a cuidar direta e indiretamente, em várias passagens, do direito civil, da pessoa e do seu patrimônio. Trata-se, pois, do fenômeno da constitucionalização do direito civil, que se funda na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais dos institutos jurídicos.⁶

Formulada pelo eminente professor, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, a Teoria do Patrimônio Mínimo insurgiu com a temática de ampliação da proteção conferida ao indivíduo, revelando a necessidade de se resguardar uma parcela do patrimônio para atender às necessidades essenciais do sujeito, ainda que no âmbito das relações privadas.

Na obra *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Fachin elucidou que pela leitura do Direito Civil Constitucional pode-se constatar a existência de um patrimônio mínimo do qual a pessoa natural é titular. A garantia patrimonial, nesse sentido, refere-se aos bens essenciais, ou seja, aquilo que é necessário para uma vida digna. Essa esfera de proteção patrimonial mínima, por pretender amparar o indivíduo, gozaria de uma imunidade:

A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independentemente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade jurídica inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores⁷.

⁶CORREIA JÚNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. *O patrimônio mínimo existencial: a proteção aos bens dos indivíduos para além do bem de família*. In EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 264.

⁷FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1.

A tese de proteção aos bens, com vistas a atender as necessidades existenciais básicas do ser humano, fundamenta-se no direito à vida, constitucionalmente assegurado, no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à subsistência que se pode inferir da proibição legal da redução à miserabilidade pelo próprio indivíduo⁸. A guarida ao mínimo existencial, desse modo, parte da constatação da importância do indivíduo, deslocando o centro de atuação da norma da esfera meramente patrimonialista, colocando em primeiro plano a pessoa e suas necessidades essenciais⁹.

Como bem destacado por Fachin, a concepção de um patrimônio mínimo não pretende a proteção ao bem imóvel, mas se expressa pela tutela de situações relacionadas ao sujeito em diversas situações, como valorização do trabalho, moradia e alimentação.

O resguardo ao mínimo existencial proporcional, segundo Melina Fachin e Marcos Alberto Costa, representa a expansão das liberdades substanciais do sujeito, servindo de elemento potencializador de sua autoafirmação:

Ao expandir as liberdades substanciais dos sujeitos por meio da garantia de um núcleo mínimo de direitos, a noção de patrimônio mínimo humano propicia o empoderamento, político e material, dando aos sujeitos voz ativa no processo de discussão e significação de seus destinos. Esta postura demanda, ainda que com respeito às particularidades locais, a extensão de um conjunto patrimonial — ainda que reduzido nuclearmente — de direitos a todos os seres humanos. A postura integral e indissociável introduzida pelo arquétipo coevo insere no núcleo normativo protetivo mínimo tanto direitos civis e políticos como direitos econômicos, sociais e culturais, explorando as diferentes dimensões que o patrimônio pode assumir. Isso é fruto tanto da voz passiva quanto da voz ativa do princípio da dignidade da pessoa humana e da tutela de direitos fundamentais, o que se irradia de modo bifronte: uma negativa, que se traduz pela abstenção que se dá pela o do Estado e da sociedade em respeito à pessoa humana, e uma positiva, que se dá pela promoção de condições materiais e morais mínimas para que possa desenvolver os atributos da sua personalidade e seus potenciais de forma plena. É nessa convergência complexa e múltipla do feixe ativo e passivo, da ação e da abstenção protetiva, que está a teoria do patrimônio mínimo, agindo como a garantia de um mínimo existencial.¹⁰

⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p. 2.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p. 12.

¹⁰ FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *Reflexões sobre os mínimos: o diálogo civil constitucional da teoria do patrimônio mínimo com a noção de mínimo existencial*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 252.

Nesse enfoque, com base na Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e no movimento de repersonalização do Direito Civil, temos que o tratamento ofertado ao patrimônio deve observar limites de atuação da esfera privada a fim de se conferir tutela efetiva à dignidade da pessoa humana, cerne do ordenamento jurídico como um todo, visto que, segundo Fachin:

a dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata.¹¹

Incontestável a importância conferida pela norma constitucional aos direitos fundamentais, contemplados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, garantias inerentes à dignidade humana, valor que reflete inclusive os direitos sociais, conforme destaca Fachin: “a dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. E, como tal, lança seu véu por toda a tessitura condicionando a ordem econômica, a fim de assegurar a todos existência digna.”¹²

4. Bem de Família Legal ou Involuntário

O instituto jurídico do bem de família representa uma proteção conferida aos bens essenciais, necessários para o desenvolvimento do indivíduo e da entidade familiar. Tem por objetivo resguardar a dignidade da pessoa humana por meio da proteção conferida ao indivíduo e à entidade familiar da constrição decorrente da responsabilidade patrimonial das dívidas assumidas por seu titular.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla duas espécies de bem de família, o chamado bem de família voluntário, cuja instituição decorre da vontade de seu titular,

¹¹FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p. 191.

¹²FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p. 193.

desde que não ultrapasse o valor de um terço do patrimônio líquido existente no momento de sua constituição, previsto no Código Civil a partir do artigo 1.711¹³ e, o bem de família legal, que será objeto do presente estudo.

A Lei 8.009, de 1990, Lei do Bem de Família, criou uma nova espécie de bem de família, o intitulado bem de família legal ou involuntário, que se estabelece sem as formalidades exigidas pelo Código Civil, submetida a requisitos mais simples.

Álvaro Villaça Azevedo preleciona que “o bem de família, como estruturado na lei sob exame, é o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal”.¹⁴

O objeto do bem de família legal é o único imóvel destinado à moradia da família, não importando a maneira como ela se constitui, bem como os móveis que guardam a residência do seu proprietário ou locatário. Destaca-se que a impenhorabilidade, além das benfeitorias, construções e plantações, estende-se a todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, desde que indispensáveis ao exercício da profissão, assim como os bens móveis que guardam a residência, desde que quitados e indispensáveis à sobrevivência digna do indivíduo.

Nos termos do artigo 2º da Lei 8.009/90, constituem exceções ao regime da impenhorabilidade legal os veículos de transporte, desde que não sejam ferramentas utilizadas no exercício da profissão, as obras de arte, inclusive as de valor sentimental, e adornos suntuosos, que poderão ser penhorados para o pagamento das dívidas do titular pois, o instituto do bem de família é uma exceção ao princípio da responsabilidade patrimonial.

O artigo 1º da Lei 8.009/90 determina 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 e filhos que sejam proprietários e nele residam, salvo previsão específica em lei, independentemente de qualquer ato de seu titular. Desse modo, a impenhorabilidade

¹³Código Civil de 2002. Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte do 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.

¹⁴AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à lei 8.009/90*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 167.

do bem de família legal é reconhecida por força de lei, não exigindo qualquer tipo de registro ou ato de seu titular¹⁵.

Como fica evidente, nessa espécie, o instituidor é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar. O legislador estabeleceu, como mínimo à proteção de uma família, sua residência e os bens móveis, isentos de penhora.¹⁶

Os beneficiários do direito à impenhorabilidade são todos os integrantes da entidade familiar que habitem o imóvel, e não apenas o titular do domínio. Não apenas o proprietário, mas todos os familiares que utilizem o mesmo imóvel como sua residência.¹⁷

A tutela conferida ao imóvel residencial não se restringe à proteção a entidade familiar. A jurisprudência reconhece que a impenhorabilidade do bem de família compreende também o imóvel pertencente a pessoas sozinhas.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 364, que amplia o instituto para alcançar as pessoas solteiras, separadas e viúvas, do seguinte teor: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

A impenhorabilidade prevalece mesmo diante da hipótese de locação do imóvel, desde que a renda obtida seja convertida para o sustento da entidade familiar ou do indivíduo. Destaca-se, nesse particular, a decisão da 4ª Turma do TRF da 3ª Região, que reconheceu, por votação unânime, a impenhorabilidade do bem de família do único imóvel da família, mesmo estando alugado a terceiros:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA. LEI 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. ÚNICO BEM DA FAMÍLIA LOCADO A TERCEIRO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

- Ao tratar do bem de família, a Lei 8009/90 leciona: Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável

¹⁵A impenhorabilidade legal pode ser suscitada por qualquer interessado, por meio de embargos à penhora. Independentemente do mecanismo processual é possível reconhecê-la por meio de simples petição atravessada nos autos do processo de execução, a qualquer tempo, até o término do processo de execução ou do cumprimento de sentença.

¹⁶AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, cit., p. 167.

¹⁷LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 364.

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.

– Nesse sentido, a impenhorabilidade prevista na mencionada lei objetiva proteger bens patrimoniais familiares essenciais à adequada habitação, e confere efetividade à norma contida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

– E, segundo entendimento pacificado, incide tanto sobre o bem que sirva como residência da família, bem como sobre aquele locado a terceiros, uma vez que tal renda gera frutos complementares à renda familiar.

– Na hipótese, como informam os agravantes, o único imóvel de sua propriedade (certidão de fl. 68) encontra-se locado para terceiro, sendo a renda respectiva revertida para o sustento da família.

– É ônus da recorrente a prova do preenchimento dos requisitos necessários ao enquadramento do imóvel penhorado na proteção prevista pela Lei nº 8.009/90.

– E diante da informação trazida pela certidão supramencionada, caberia à agravada a prova de que, ao contrário do alegado, os agravantes possuem, sim, outros imóveis em seu nome, o que não consta dos presentes autos.

– Assim, a constatação de um único imóvel em nome dos agravantes, ainda que alugado, leva ao reconhecimento da qualidade de bem de família ao imóvel matriculado sob o nº 45.880, do Cartório de Registro de Imóveis de Votuporanga/SP, uma vez que há compatibilidade com o sentido da Lei nº 8.009/90. Precedentes do E. STJ e desta Corte.

– Por fim, saliente-se que a Lei 8.009/90 não faz qualquer exigência quanto à porcentagem mínima da propriedade necessária à caracterização do bem de família.

– Logo, é irrelevante à caracterização do instituto que, como no caso em tela, os agravantes sejam proprietários de apenas 50% (cinquenta por cento) do imóvel.

– Recurso provido¹⁸.

Vale ressaltar que, com o advento da Lei 8.009/90, logo no início de sua vigência, questionou-se acerca da constitucionalidade do instituto. Na época o Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 1992, por votação unânime, de relatoria do desembargador Itamar Gaino, afirmou sua conformidade com a Constituição Federal tendo em vista receber a família, por determinação do texto constitucional, proteção

¹⁸TRF da 3ª Região, 4ª T., AI nº 0026287-53.2015.4.03.0000, Rel. Des. Federal Mônica Nobre, j. em 04.05.2016.

especial do Estado que, conforme dispõe o art. 226 da Constituição da República, é a base da sociedade. Assim, “não é considerada inconstitucional a ampliação do instituto do bem de família pela Lei Federal 8.009, de 1990, uma vez que objetiva garantir um abrigo para a família, em condições de habitualidade”.¹⁹

A proteção conferida ao bem de família não se revela absoluta. O fundamento da impenhorabilidade do bem de família legal é a proteção da dignidade do devedor e, por conseguinte, de seu patrimônio mínimo. Ocorre que, em determinados casos, a natureza especial da dívida não justificaria a impenhorabilidade do bem, permitindo a sua execução, com o objetivo de assegurar a dignidade do titular do crédito.²⁰

Com base nessa justificativa, o artigo 3º da Lei 8.009/90 determina que a impenhorabilidade não produzirá efeitos quando se tratar de dívidas assumidas:

- a) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
- b) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato (redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015);
- c) para a cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
- d) para a execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
- e) por ter sido adquirido como produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;
- f) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Quando foi promulgada, a Lei 8.009/90 não excluía a obrigação assumida em contrato de fiança da proteção conferida pelo bem de família. A redação original da Lei do Bem de Família não trazia como uma das hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família a obrigação decorrente do contrato de fiança. Desse modo, o imóvel residencial do fiador estava isento da constrição judicial²¹.

¹⁹AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, cit., p. 166.

²⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, cit., 2016, p. 850.

²¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 609.

A Lei do Inquilinato, Lei 8.245 de 1991, alterou o artigo 3º da Lei 8.009/90, incluindo o inciso VII, estabelecendo mais uma exceção à impenhorabilidade legal do bem de família, que passou a prever a obrigação decorrente de fiança firmada em contrato de locação, como hipótese de exceção à regra da impenhorabilidade. A partir de então, passou-se a admitir que o imóvel do fiador fosse objeto de constrição em favor dos interesses meramente patrimoniais do locatário.

A possibilidade de penhora ocorre quando o fiador garante, com seu imóvel, que o contrato de locação será cumprido pelo locatário, sob pena de poder vir a ter seu bem de família penhorado, caso ocorra o inadimplemento por parte do locatário, devedor principal do contrato. Nesse viés, dentre as garantias dos contratos locatícios, a fiança é a mais difundida pelos locatários, visto que representa uma garantia mais contundente de que a obrigação será cumprida.

Acontece que a hipótese trazida pelo artigo 82 da Lei 8.245/91 teve por nítico escopo fomentar o mercado imobiliário, visto que na época existia um déficit habitacional elevado, onde a demanda por imóveis era muito maior do que a oferta que se tinha.

Com a promulgação da Lei 8.009/90, que passou a conferir impenhorabilidade também ao único imóvel residencial do fiador, houve uma retração do mercado imobiliário que passou a aceitar como fiador somente aquele que fosse proprietário de mais de um bem imóvel²².

Rosilene Weissheimer analisa a questão elucidando que “o mercado imobiliário se incomodou com tal situação, na medida em que o novel diploma restringia e limitava as locações em geral em decorrência da grande dificuldade em encontrar algum fiador proprietário de mais de um imóvel. Em virtude disto, relata Hora Neto, o legislador foi pressionado a encontrar alguma solução que remediasse o panorama que se visualizava na época.”²³

O legislador resolveu a questão com a promulgação da Lei do Inquilinato, que alterou a regra da impenhorabilidade trazida pela Lei 8.009/90, ampliando o rol de exceções à

²² WEISSHEIMER, Rosilene Antônia Dias. *A (in)constitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador em contrato locatício*. Revista Prolegis, 2015. Disponível em: www.prolegis.com.br, Data de acesso: 02.06.2019, p. 32.

²³WEISSHEIMER, Rosilene Antônia Dias. *A (in)constitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador em contrato locatício*, cit., p. 32.

impenhorabilidade do bem de família. Desse modo, o único imóvel residencial do fiador passou a ser objeto de penhora. Sendo o real motivo da alteração, advinda com a Lei 8.245, a intenção de assegurar o direito de crédito do locador, em sacrifício do direito ao bem de família do fiador, que restou desamparado, e passou a poder ser violado em seu direito à moradia.

Recentemente, houve a inclusão de mais um inciso ao artigo 3º da Lei 8.009/90. A Medida Provisória nº 871, de 2019 determinou a inserção do inciso VIII ao artigo 3º da Lei 8.009/90, para incluir a ressalva de que a impenhorabilidade não é oponível em processo movido para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por dolo, fraude ou coação.

5. O Direito Fundamental à Moradia

O direito à moradia foi inserido no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 26, no ano 2000. Com a alteração, a garantia à moradia foi incorporada como um direito fundamental ao artigo 6º, que passou a dispor: “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”.

Antes disso, apesar da ausência de previsão, o direito à moradia já era reconhecido como uma vertente dos direitos sociais em decorrência da determinação do artigo 23, inciso IX, da CRFB, segundo o qual é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais.

Além disso, a questão também era retratada pelo artigo 7º, inciso IV, que discorre sobre a necessidade da estipulação do salário mínimo capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador²⁴, como o direito à moradia²⁵.

²⁴CRFB de 1988. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

²⁵Ainda, o artigo 23, inciso IX, da Constituição da República, que estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Município para criação de programas que visem à construção de moradias.

O direito à moradia é um direito fundamental de forte conteúdo existencial²⁶, que não se confunde com o direito de propriedade. O direito à moradia significa ocupar um local como residência, ocupar uma casa para nela habitar. O morar relaciona-se com a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação.²⁷

O eminente jurista José Afonso da Silva aduz que, com o direito à moradia, “quer-se que se 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.”²⁸

Todavia, seu conteúdo não compreende, apenas, a faculdade de ocupar uma habitação. A lógica das normas e princípios constitucionais exige que essa habitação seja digna, de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto, que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que, assim como a maioria dos direitos sociais, o direito à moradia possui uma dimensão positiva (direito à prestação) e outra negativa (direito de defesa). Ante a perspectiva de direito de defesa, condição negativa, o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares. Na condição de direito positivo, o direito à moradia abrange prestações fáticas e normativas, que se traduzem em medidas de proteção, de viés obrigatório.²⁹

Nesse mesmo sentido, oportuno se faz destacar a doutrina de José Afonso da Silva, que busca ressaltar a importância de se resguardar o direito à moradia a entidade familiar em consonância com a os preceitos fundamentais nucleares da Constituição Federal, segundo o qual, o direito à moradia:

esse é daqueles direitos que têm duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no

²⁶SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 587.

²⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 318.

²⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 318.

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito à moradia*. In, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 547.

direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia. E ela está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização — e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família — e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente.³⁰

O direito à moradia é consequência da proteção à dignidade da pessoa humana e do direito à vida, vinculada à noção de mínimo existencial que reflete a garantia de condições materiais essenciais para uma vida digna. Com esse pensar, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam: “não pode ter dignidade quem não tem proteção aos seu lar, ao seu abrigo inviolável. É por isso que o sistema empresta significativa importância ao domicílio e à moradia do sujeito de direito.”³¹

Desse modo, a inclusão do direito à moradia ao artigo 6º da Constituição Federal fez ressaltar a importância de se resguardar bens essenciais necessários ao desenvolvimento pessoal e familiar do sujeito com vistas à promoção da dignidade da pessoa humana, cerne do ordenamento jurídico como um todo.

Acerca da possibilidade de penhora do bem de família do fiador, sabe-se que, entre a inserção da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador dada pela Lei nº 8.245/91 e a edição da EC nº 26/2000, não havia controvérsia, sendo admitida pelos tribunais a penhora.

Ocorre que, com a elevação do direito à moradia ao texto constitucional como um direito fundamental de cunho social, passou-se a questionar a constitucionalidade da medida constritiva em relação ao fiador determinada pelo artigo 82 da Lei do Inquilinato.

A partir de então, e antes do julgamento do RE nº 407.688-8 pelo Supremo Tribunal Federal, parcela expressiva dos tribunais do país vinha firmando entendimento no

³⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional positivo*, cit., p. 314.

³¹FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*, cit., p. 862.

sentido de se conferir a impenhorabilidade também ao bem de família do fiador, visto que a medida constritiva seria inconstitucional diante da inclusão do direito à moradia ao artigo 6º da Constituição Federal.

A previsão constitucional teria revogado, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a exceção trazida pelo art. 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, impossibilitando a execução do único imóvel bem de família do fiador.

Nesse sentido foi o entendimento formulado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da Apelação Cível nº 20000710026823 que, por votação unânime, em 2003, reconheceu a impenhorabilidade do bem de família do fiador mesmo diante da alteração dada pela Lei nº 8.245/91:

CIVIL - PROCESSO CIVIL - EMBARGO À EXECUÇÃO - LOCAÇÃO - ADITAMENTO AO CONTRATO SEM ANUÊNCIA DOS FIADORES - IMPOSSIBILIDADE - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - UNÂNIME.

Conforme disposto no art. 1.483 do Código Civil, a fiança deve ser interpretada restritivamente. Diante disso, o fiador não responde por obrigações resultantes de pacto adicional firmado entre o locador e o locatário, mesmo existindo cláusula estendendo suas obrigações até a entrega das chaves, disposição esta que não prevalece. Precedentes do Col. STJ.

Não obstante o art. 30 da Lei 8.009/90, modificado pelo art. 82 da Lei 8.245/91, exclui o benefício da impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador em contrato locatício, há que se resguardar o bem de família, principalmente se existem outros meios de solucionar a questão³².

Com a polêmica instaurada a questão foi levada ao STF em 2005, por meio do RE nº 352.940, em que o relator, o ministro Carlos Velloso, reconheceu a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, destacando a violação expressa ao princípio da isonomia por conferir tratamento desigual a situações que se estabelecem pela mesma base jurídica.

Afirmou, em seu voto, que a impenhorabilidade do bem de família do fiador é uma consequência direta de o direito à moradia ser um direito fundamental constitucionalmente protegido. É de se ressaltar, nesse caminho, o referido acórdão:

³²TJDFT, 4ª T. C., APC nº 20000710026823, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, j. em 03.11.2003.

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressalvando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não — recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido³³.

Em suas razões, acrescentou ainda o eminente ministro:

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 10.3.2003 — registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração — direito social — que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000.

O bem de família — a moradia do homem e sua família — justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000.

Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família — Lei 8.009/90, art. 1º — encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição.

³³STF, RE 352.940, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 25.04.2005.

Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000³⁴.

Com a decisão do ministro Carlos Velloso, houve a consolidação do entendimento de que a inclusão do direito à moradia no texto constitucional obsta a penhora do único imóvel do fiador, mesmo diante da inclusão pela Lei 8.245/91 da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador oriunda do contrato de locação.

Logo após, os tribunais passaram a embasar suas decisões no entendimento ali firmado. Com fundamento no referido julgado, a 5ª Turma do STJ, em 2005, reconheceu, por unanimidade de votos, a impenhorabilidade do bem de família do fiador. Na ocasião, o relator, ministro Felix Fischer afirmou que o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 não teria sido recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - COISA JULGADA - TERCEIRO - INEXISTÊNCIA - ART. 472 CPC - FIANÇA - OUTORGA UXÓRIA - AUSÊNCIA - INEFICÁCIA TOTAL DO ATO - FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO.

I - A coisa julgada incidente sobre o processo de conhecimento e consequente embargos opostos por um cônjuge não pode atingir o outro, quando este não tiver sido parte naqueles processos. (Art. 472, do Código de Processo Civil).

II - A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher.

III - Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000).

Recurso provido³⁵.

O Tribunal de Justiça do Paraná, por acórdão de sua 11ª Câmara Cível, em 2005, julgando o Agravo de Instrumento nº 308.257-7, em que foi relator o desembargador Mário Rau, admitiu, por votação unânime, que “a norma prevista no artigo 3º VII da Lei 8.009/90 infringe igualmente o artigo 5º da Constituição Federal (princípio da isonomia) uma vez que estabelece uma distinção entre o devedor da obrigação principal

³⁴STF, RE 352.940, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 25.04.2005.

³⁵STJ, 5ª T., REsp. nº 631.262, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 02.08.2005.

e o fiador, ao excepcionar a impenhorabilidade do bem de família somente em relação a esse último³⁶:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - FIANÇA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO - BEM DE FAMÍLIA - DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

- A nova ordem constitucional, emanada pela Emenda 26/2000, considerou como não recepcionados os preceitos infraconstitucionais que cuidam sobre a exclusão do benefício da impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador e dos bens que guarnecem a casa.

- Ao alçar a moradia à condição de direito social do cidadão, excluindo-a da possibilidade de constrição judicial, considerou o legislador constituinte as atuais condições de moradias de milhões de brasileiros, que vivem em situação deprimente e que configuram verdadeira "chaga social" para grande parte das metrópoles do País.

Pelo exposto, vemos que a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador reflete flagrante afronta aos preceitos constitucionais e à proteção ao mínimo existencial, afetando à dignidade da pessoa humana e apresentando contradição à leitura constitucional do ordenamento privado. E, mesmo diante da determinação do inciso VII da Lei 8.009/90, os tribunais não deixaram de reconhecer a importância do direito à moradia.

6. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise do RE nº 407.688

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão paradigmático, no ano de 2006, teve a oportunidade de apreciar novamente a questão. Por meio do RE nº 407.688, decidiu, por maioria dos votos, que a penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação não afronta o direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, afirmando a constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII da Lei nº 8.009/90.

Na ocasião, fizeram parte do julgamento os ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, e a Ministra Ellen Gracie, que votaram pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, vencidos os ministros Eros Grau, Carlos Britto e Celso de Mello. O acórdão conta com a seguinte ementa:

³⁶TJPR, 11ª C.C., AI nº 308.257-7, Rel. Des. Mário Rau, j. em 30.11.2005.

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, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.³⁷

O caso que levou a temática para apreciação da Suprema Corte refere-se ao recurso extraordinário interposto pelo fiador/recorrente, contra a decisão do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente. A controvérsia reside no fato de saber se a possibilidade de penhora do bem de família do fiador de contrato de locação persiste mesmo com o advento da EC nº 26 que incluiu a moradia entre os direitos sociais constitucionais.

No agravo o fiador pleiteava a liberação de seu bem de família, que foi objeto de constrição no processo executivo. O juiz da causa indeferiu o pedido do fiador, com fundamento na exceção legal à regra da impenhorabilidade do imóvel, conforme determinação expressa do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, visto que o devedor executado ostenta a condição de fiador em contrato de locação. Nesse contexto, o caso foi levado para apreciação do Supremo Tribunal Federal.

A criticável decisão da Suprema Corte, visto que contraria a sistemática adotada pela Constituição Federal vigente de proteção ao sujeito expressa pela ampla gama de princípios que o contempla, teve como um de seus alicerces a defesa do equilíbrio de mercado, fundamentada no argumento de que o direito à moradia não se confundiria com o direito à propriedade imobiliária em si. A restrição à penhora do bem de família do fiador impediria o acesso aos não proprietários à moradia.

Nesse sentido foi o entendimento do ministro Cezar Peluso, relator do caso, que em seu voto fez constar que a norma constitucional expressa pelo artigo 6º da Constituição Federal enuncia direito social, mas não pressupõe sua execução imediata, desse modo, o direito à moradia, em seu entendimento, não representa garantia ao direito de propriedade, que poderia ser concretizado de outras maneiras. Afirma que o reforço das

³⁷STF, T. Pleno, RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006.

garantias oferecidas aos credores fomenta a oferta de imóveis e dessa maneira seria uma das formas de concretizar o direito à moradia.

O direito à moradia sendo um direito social teria caráter amplo, não se restringindo a proteger apenas os proprietários, podendo tal garantia ser concretizada por meio do acesso à moradia, que estaria comprometido se fosse afastada a possibilidade de construção do imóvel dado em garantia. A legitimidade da medida estaria amparada na manutenção da lógica de mercado, que, ao conferir maior segurança aos credores, estaria facilitando e até mesmo possibilitando o acesso à moradia a um maior número de pessoas que não têm condições de ser proprietárias, dispondo que:

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

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada — para usar os termos da Constituição lusitana —, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes de outra ordem, romperia o equilíbrio de mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia³⁸.

Nessa linha, o ministro Joaquim Barbosa votou pela constitucionalidade da penhora ponderando a existência do enfrentamento entre o direito fundamental à moradia e o direito à autonomia privada, reconhecendo que ambos os direitos são merecedores de igual proteção e, por tratar-se da incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, optou por aferir sua aplicabilidade caso a caso, a fim de não restringir em demasia a autonomia privada do indivíduo.

³⁸STF, T. Pleno, RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006, p. 887.

Para o ministro, a legitimidade da medida expressa-se pelo livre assentimento em ver-se vinculado à medida constritiva pela próprio fiador. Este, no exercício da autonomia privada, obrigou-se, de maneira facultativa e espontânea, devendo suportar os encargos de sua manifestação de vontade. No exame do caso concreto, o próprio sujeito colocou seu patrimônio em risco, sendo a norma cristalina ao afirmar que o imóvel do fiador, mesmo sendo seu único bem, ao ser oferecido em garantia, poderá ser penhorado caso ocorra o descumprimento da obrigação contratual estabelecida.

Acompanhando o voto do relator, o ministro Gilmar Mendes entendeu que o direito à moradia, em verdade, possui múltiplas possibilidades de execução, afirmando que a penhorabilidade do bem de família do fiador não viola o direito constitucional à moradia tendo em vista a importância do princípio da autonomia privada:

E não podemos deixar de destacar e de ressaltar um princípio que, de tão elementar, nem aparece no texto constitucional: o princípio da autonomia privada, da autodeterminação das pessoas – é um princípio que integra a própria ideia ou direito de personalidade. Portanto, embora reconheça, no art. 6º, o direito à moradia, a criação ou a possibilidade de imposição de deveres estatais na Constituição de modos de proteção a essa faculdade desenhada no texto constitucional, não consigo vislumbrar, na concretização que lhe deu a Lei, a violação apontada.³⁹

Nessa toada, a ministra Ellen Gracie, acolhendo as razões desenvolvidas pelo relator, considerou que os mecanismos que buscam assegurar a obtenção do acesso à locação, também são formas de viabilizar o direito à moradia, portanto, anuiu com o entendimento pela constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90.

O ministro Marco Aurélio, suscitou que o direito à moradia previsto na norma constitucional não encerra a proteção à propriedade, votou pela legitimidade da penhora do bem dado como garantia em contrato de locação.

Acompanhando a linha de raciocínio até então estabelecida, o ministro Sepúlveda Pertence fez constar, em suas razões, que a decretação da impenhorabilidade ao bem de família do fiador dificultaria o acesso à moradia tornando ilusória a fiança, afirmando que a fiança ao viabilizar a locação residencial estaria concretizando o próprio direito à moradia.

³⁹STF, T. Pleno, RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006, p. 906.

Trazendo para o julgamento a análise das consequências externas que a decisão poderia refletir, o ministro Nelson Jobim votou pela legitimidade da medida constritiva tendo em vista que, ao se declarar a impenhorabilidade do bem de família do fiador, o locatário seria onerado, e a consequência seria a extração da possibilidade de locação a uma série de pessoas.

Contrariando a sistemática da votação que se seguia, a qual acendia pela constitucionalidade da penhora, o voto do ministro Eros Grau insurgiu-se na defesa do bem de família do fiador.

Em suas razões, expôs que a tutela do bem de família do fiador representa, em verdade, uma proteção ao indivíduo e à entidade familiar, tendo em vista que a decretação da impenhorabilidade do imóvel, no caso, atua como um mecanismo que visa resguardar os meios de subsistência mínimos ao indivíduo. Nesse sentido, expôs que:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto à necessidade materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar — a dignidade da pessoa humana, pois, a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal, é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitações, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal⁴⁰.

Para além da questão, o ministro Eros Grau cita a afronta à isonomia, princípio que permeia a norma Constitucional. O benefício da impenhorabilidade conferido aos bens existenciais do locatário tem o condão de resguardar condições mínimas de subsistência ao sujeito e à sua família, em detrimento dos interesses meramente patrimoniais do locador, condição semelhante a que se encontra o fiador. Nesse sentido, o ministro exemplifica que:

se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo

⁴⁰STF, T. Pleno, RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006, p. 888.

imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.

Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade⁴¹.

Em defesa do direito à moradia do fiador, o Ministro Carlos Britto apontou a reiterada postura Constitucional de amparo à moradia apontada em seu texto em diversas ocasiões, revelando uma preocupação especial do legislador em sua tutela. Nesse contexto, dispôs que:

A Constituição usa o substantivo “moradia” em três oportunidades: a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som, que a moradia se inclui entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e da sua família; e, na terceira vez, a Constituição usa o termo “moradia” como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, inciso IX)⁴².

As qualificações constitucionais destacadas atreladas à concepção da necessidade de se resguardar condições mínimas de vida digna ao indivíduo, expressa pela proteção à moradia, no entendimento do eminente ministro, torna o direito à moradia indisponível. Desse modo, não poderia ser restringido por meio da fiança concedida no contrato de locação.

Acompanhando o voto dos ministros Eros Grau e Carlos Britto, o ministro Celso de Mello intercedeu, em seu parecer, pela decretação da inconstitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, com o objetivo de reafirmar a eficácia do direito à moradia, inclusive ao fiador nos contratos de locação.

O direito à moradia apresenta-se como um dos direitos sociais mais relevantes, tanto é verdade, que sua proteção, como aponta o ministro, é contemplada em diversas declarações internacionais que o Brasil subscreveu⁴³:

Na realidade, a Constituição da República, ao conferir positividade jurídica ao direito à moradia, nada mais refletiu senão a grave preocupação já anteriormente externada pelo Estado brasileiro no

⁴¹STF, T. Pleno, RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006, p. 889.

⁴²STF, T. Pleno, RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006, p. 901.

⁴³O ministro Celso de Mello cita, em seu voto, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11).

plano internacional, tanto que o Brasil assumiu, nesse âmbito, compromissos inequívocos de cuja implementação depende a efetiva concretização dessa prerrogativa básica reconhecida às pessoas, tal como resulta - segundo observa SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA (“Direito à Moradia e de Habitação”, p. 348, item n. 8, 2004, RT) - dos “termos da Agenda Habitat estabelecida na Conferência do Habitat II de Istambul, segundo a qual os governos devem tomar apropriadas medidas para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia, em conformidade com o que dispõe o inciso IX do art. 23 da Constituição Federal da República, sendo da competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios tutelar o direito à moradia(...)”.⁴⁴

O ministro Celso de Mello, reproduzindo a notória tese formulada por Luiz Edson Fachin, fez constar, em suas razões, a necessidade de se resguarda condições mínimas de subsistência ao indivíduo:

Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se relevante observar, na linha de reflexão feita pelo eminente Professor LUIZ EDSON FACHIN (“Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, 2001, Renovar”), que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa - enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) - valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional⁴⁵.

Apesar das aclamadas intervenções formuladas pelos ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello pela impossibilidade da medida constritiva, os votos pela penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação foram maioria e, afirmaram a constitucionalidade do art. 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, contrariando a lógica de proteção ao sujeito que respalda a ordem Civil-Constitucional vigente.

7. A legitimidade da medida constritiva e o posicionamento jurisprudencial acerca da (Im)penhorabilidade do bem de família do fiador

⁴⁴STF, T. Pleno, RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006, p. 911.

⁴⁵STF, T. Pleno, RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006, p. 912.

No julgamento do RE 407.688, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que é constitucional a penhorabilidade do bem de família do fiador nas execuções por dívidas decorrentes de contrato de locação. Na ocasião, a controvérsia envolveu a análise, sobretudo, de três questões centrais: I) a efetividade do direito constitucional à moradia; II) o enfrentamento entre o direito à moradia e a autonomia privada e, III) a violação ao princípio da isonomia.

Em relação à efetividade do direito constitucional à moradia, os ministros que votaram pela constitucionalidade da medida constritiva afirmaram que o direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal não se restringe a proteger, apenas, os proprietários de imóveis, portanto, as normas infraconstitucionais que estimulem a oferta de imóveis e celebração de contratos de locação em condições mais favoráveis estariam conferindo efetividade ao direito à moradia ao possibilitar o acesso à locação a um maior número de pessoas que não têm condições de ser proprietárias.

Todavia, a interpretação que se deu ao direito à moradia nessa vertente deixa claro que a legitimidade da medida estaria amparada na manutenção da lógica de mercado, interpretação que contraria os valores constitucionais e a lógica de proteção ao sujeito que respalda a ordem Civil-Constitucional vigente. O raciocínio que permeia as decisões da Suprema Corte deve guardar conformidade com os preceitos trazidos pelo texto Constitucional.

De fato o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade. Não obstante, o direito à moradia foi inserido no texto constitucional como um direito fundamental de caráter social. Desse modo, a proteção à moradia encontra legitimidade enquanto desdobramento da própria dignidade da pessoa humana e da preocupação da ordem constitucional em tutelar a entidade familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana, expresso como um dos alicerces da Constituição Federal e da República Federativa do Brasil, fundamenta a superação de normas que pretendam restringir direitos essenciais do indivíduo. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação

da pobreza colocam os valores existenciais no centro do ordenamento jurídico, devendo as normas de direito observar sua aplicação⁴⁶.

Ainda, acerca do argumento do ministro Cezar Peluso, relator no RE 407.688, centrado na afirmação do caráter programático do artigo 6º da CRFB, nesse caso, o direito à moradia teria caráter meramente programático, relevante evidenciar o posicionamento de Bernardo Gonçalves Fernandes, segundo o qual:

Conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se coaduna com o sistema de direitos fundamentais previsto constitucionalmente e com a sua aplicação imediata.⁴⁷

A proteção à dignidade da pessoa humana só tem efetividade na medida em que estiverem assegurados direitos que amparem o indivíduo nas suas necessidades vitais. Com efeito, a luz dos ensinamentos de Ricardo Cunha Chimenti “para a efetivação da garantia da dignidade da pessoa humana tem de ser efetivo o exercício dos direitos fundamentais, sob pena de tornarem-se letra morta as normas constitucionais.”⁴⁸

A segunda questão levantada no julgamento diz respeito a análise da impenhorabilidade do bem de família do fiador diante do enfrentamento entre o direito fundamental à moradia e a autonomia privada.

O principal argumento levantado pelos ministros, nesse aspecto elucida que a livre iniciativa é condição inerente à liberdade individual, logo o fiador, no exercício da autonomia privada que a lei lhe confere, assumiu, de maneira voluntária, a obrigação, pois “ninguém é obrigado a prestar fiança, se o faz deverá sofrer as consequências da sua livre manifestação em assumir o encargo”.

O objetivo central do instituto jurídico do bem de família é conferir proteção aos bens essenciais necessários ao desenvolvimento do indivíduo e da entidade familiar ainda que diante da regra geral de responsabilização patrimonial do devedor, ou seja, o ordenamento jurídico optou por resguardar uma parcela mínima do patrimônio do

⁴⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um direito civil constitucional*. In: Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I. Rio de Janeiro: PUC, 1991. Disponível em: revistades.jur.puc-rio.br. Data de acesso: 29.05.2019.

⁴⁷FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 708.

⁴⁸CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 114.

devedor, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo os credores atingir essa parcela patrimonial afetada.

Acerca da regra de responsabilização patrimonial do devedor, Nelson Rosenvald afirma que, em uma perspectiva emancipatória do sistema jurídico, “o patrimônio não pode mais se resumir a um complexo de relações econômicas de um indivíduo cuja finalidade é preservar a segurança de relações creditícias. A ordem constitucional demanda que uma fração do patrimônio atue como meio de promoção de uma vida digna.”⁴⁹

O valor constitucional contraposto à regra de responsabilização patrimonial é o direito à moradia, que compõe o mínimo existencial. A garantia à moradia instrumentaliza o desenvolvimento pessoal do sujeito e da entidade familiar, confere a segurança da preservação do local de habitação do indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu o caráter de garantia fundamental aos direitos sociais, diferentemente do que ocorria nas constituições anteriores que apenas lhes conferiam um caráter de norma programática. Em decorrência de sua fundamentalidade, os direitos sociais merecem uma maior concretização, não representam meras recomendações, são garantias de aplicação imediata.

Logo, a inserção do direito à moradia ao artigo 6º da Constituição Federal reflete a preocupação do legislador em conferir uma proteção mais efetiva ao indivíduo e a sua entidade familiar. A proteção ao imóvel residencial do indivíduo é uma das garantias mais essenciais, vinculadas a promoção de condições dignas de existência, que não pode ser violada para a preservação de interesses meramente patrimoniais.

A proteção conferida ao único imóvel residencial do indivíduo tem o condão de amparar a dignidade da pessoa humana, a medida em que se coloca como um mecanismo que visa garantir condições mínimas de subsistência tanto para o sujeito, titular do imóvel como para sua família.

Por outro lado, a autonomia privada, cerne da justificativa dos ministros que votaram constitucionalidade da penhora, não raras vezes tem encontrado limitações

⁴⁹ROSENVALD, Nelson. *Do bem de família aos bens existenciais da pessoa humana*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 436.

estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Nesse aspecto válido mencionar a limitação imposta pela lei à disposição universal pelo sujeito de seus bens sem reserva para seu próprio sustento, instituto nomeado como doação inoficiosa, expressamente proibido pela lei, na forma do art. 548, do Código Civil de 2002, que determina “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

A lei, mais uma vez, limita a autonomia privado do indivíduo ao proibir que o sujeito disponha da totalidade de seu patrimônio, consolidado pela união de seus próprios esforços, sem a reserva da parcela patrimonial prevista em lei com vistas a amparar os herdeiros necessários do testador, conforme estabelecem os arts. 549⁵⁰ e 1.789 do CC/02.

Desse modo, vemos que a autonomia privada, por determinação do próprio sistema jurídico, não se sobrepõe em toda e qualquer situação, mesmo no âmbito do direito privado, então, pode-se afirmar: menos ainda diante do direito fundamental à moradia de respaldo constitucional.

Se a possibilidade da penhora se justifica a medida em que a decisão de prestar fiança é expressão da liberdade de manifestação, e do direito à livre contratação, a decisão de assumir a obrigação pelo devedor também exprime sua livre manifestação de vontade, então, por que proteger este em detrimento daquele?

O mínimo existencial está no cerne da proteção à dignidade da pessoa humana, a autonomia não pode existir onde as escolhas são ditas apenas por necessidades pessoais⁵¹. Logo, as considerações a respeito da autonomia privada do fiador não podem colocar em segundo plano as normas constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana, da proteção à família, sacrificando o direito à moradia do fiador a fim de promover o estímulo à livre iniciativa.

Imprescindível retomar a perspectiva de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal na qual:

⁵⁰*Código Civil de 2002. Art. 549.* Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

⁵¹BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 84.

Há uma parcela do patrimônio imune à tutela executiva do credor, pois a autonomia privada dos contratantes é intrinsecamente limitada pelo direito fundamental à subsistência. Uma interpretação do art. 391 do Código Civil, à luz de uma hermenêutica constitucional, demanda uma releitura nos seguintes termos: “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor que não alcancem o seu patrimônio mínimo”.⁵²

Por fim, está em debate a agressão ao princípio da isonomia. Pelo entendimento do ministro Cezar Peluso, não seria apropriado invocar-se o Princípio da Isonomia ao caso, porquanto “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade”. Contudo, é importante recordar que eventual bem de família do locatário não se sujeitaria a medida constritiva, pois tem garantido o benefício da impenhorabilidade.

Tendo em vista que a fiança tem como característica ser um contrato acessório, e que o locatário, que usufruiu diretamente do imóvel objeto da locação, tem assegurado seu direito à moradia, não há elementos concretos que justifiquem que o devedor principal aproveite de situação mais benéfica do que o fiador.

Aliado a esse raciocínio, temos que, assim como o fiador assumiu a obrigação de garantir o cumprimento da obrigação, o devedor/locatário também, no exercício da sua livre manifestação de vontade, optou por celebrar o contrato e se comprometeu em adimplir a prestação assumida.

Por conseguinte, não seria justo, diante dos preceitos constitucionais, que o locatário, beneficiário direto da relação jurídica, que usufruiu do imóvel locado e teve um aproveitamento econômico da relação estabelecida, possa ter resguardado seu bem de família; e que o fiador, de maneira gratuita, amparado pela solidariedade e na confiabilidade de que o afiançado cumpriria a obrigação principal, possa ser sacrificado no seu direito à moradia, tendo seu único imóvel bem de família penhorado pelas dívidas livremente assumidas pelo locatário.

A visão contemporânea do ordenamento jurídico centrada na dignidade da pessoa humana e na promoção das condições dignas de existência ao indivíduo, dirimidos da

⁵²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31.

leitura constitucional dos institutos do direito privado, reclama uma aplicação menos formalista e mais valorativa das normas.⁵³

José Barros Correia Júnior e Paula Falcão Albuquerque discorrem que os ideias protetivos advindos da legislação brasileira justificam-se com base na superação do caráter extremamente patrimonialista do direito civil de outrora que, amparado na dignidade da pessoa humana, ocasionou a humanização dos institutos do direito privado:

Nesse sentido, novos enfoques passaram a ser dados aos institutos do direito civil, colocando o ser humano e as suas primeiras necessidade em patamar de superioridade ao mero patrimônio. Não significa afirmar que o patrimônio não merece proteção; ao contrário, esta deve acontecer sempre, porém em prol da tutela do indivíduo, ou seja, a proteção do patrimônio não deve ser feita de forma autônoma, mas atrelada à proteção da pessoa em sua total dignidade⁵⁴.

Assim, sendo o imóvel residencial impenhorável, mesmo diante das dívidas assumidas de maneira direta pelo próprio devedor, como afirmar ser condizente o posicionamento que permite que o fiador e, conseqüentemente, sua família estejam submetidos à condição mais gravosa que aquele que intencionalmente e objetivamente assumiu a obrigação contratual. Vale ressaltar que fiador se quer se beneficia da relação estabelecida entre as partes.

Diante da premissa de que a obrigação do fiador e do locatário têm a mesma base jurídica, o contrato de locação, não é justo que o fiador, que assumiu uma obrigação acessória, responda com seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário. Assim, a medida constrictiva imposta ao fiador viola o princípio constitucional da isonomia, uma vez que confere tratamento desigual ao locatário e ao fiador.⁵⁵

Para além da questão da isonomia, ante o aspecto da proporcionalidade, a medida se coloca como excessivamente onerosa ao fiador. A fiança não é o único mecanismo de acesso à locação, é o instrumento que melhor atende aos interesses do credor. Por isso,

⁵³FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., p. 191.

⁵⁴CORREIA JUNIOR, José de Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. *O patrimônio mínimo existencial: a proteção aos bens dos indivíduos para além dos bens de família*. In, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 272.

⁵⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 285.

não há coerência quando se permite que o fiador seja violado no seu direito à moradia para que se possa assegurar condições mais benéficas aos credor de que a obrigação será cumprida, diante da lógica protetiva do indivíduo do ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 expressa preocupação em tutelar, de maneira mais ampla, o indivíduo. A leitura harmônica de suas disposições deve ser perseguida. Não seria condizente proteger-se o direito à moradia restringindo o próprio direito à moradia daqueles que conseguiram efetivar-se na propriedade do bem. A defesa não é em razão daqueles que são proprietários de bens, em detrimento de uma classe maior de não proprietários, objetiva-se a proteção do único imóvel que ampara a entidade familiar ou apenas o indivíduo, com o fim de se garantirem condições mínimas de desenvolvimento do sujeito e da própria família, inclusive ao fiador.

Pelo exposto, a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador dada pela inserção do inciso VII, no art. 3º da Lei 8.009/90, reflete flagrante afronta aos preceitos constitucionais e à proteção ao mínimo existencial, afetando a dignidade da pessoa humana, apresentando contradição à leitura constitucional do ordenamento privado, contrariando, ainda, a própria finalidade do instituto do bem de família de amparo ao indivíduo e de sua entidade familiar.

Logo, fica evidente a necessidade de se alterar o posicionamento consolidado pelo STF que permite a violação dos preceitos constitucionais essenciais como a dignidade da pessoa humana, a proteção à família e o próprio direito fundamental à moradia.

Mesmo após o julgamento do RE nº 407.688-8 pelo Supremo Tribunal Federal, em âmbito jurisprudencial, é possível verificar a postura relutante de parcela significativa dos tribunais do país em aplicar a medida constritiva ao bem de família do fiador.

Desse modo, em 2007, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por meio da Apelação Cível nº 2006.01.1.048787-0, de relatoria do desembargador. Nívio Geraldo Gonçalves, decidiu, por unanimidade de votos, reconhecer a impenhorabilidade do bem de família do fiador:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS. FIANÇA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. DIREITO À MORADIA. EMENDA CONSTITUCIONAL 26/2000. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA.

- 1 - A exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, que erigiu o direito à moradia à qualidade de direito social, a redundar na impenhorabilidade do bem de família do fiador, também orientada pela proporcionalidade.
- 2 - Recurso provido⁵⁶.

No referido caso, a apelante opôs embargos de terceiros alegando ser proprietária do imóvel penhorado no curso da ação executiva, em decorrência de contrato de fiança, juntamente a seus filhos, titulares da outra metade do imóvel. Os embargantes adquiriram a propriedade do imóvel em razão do falecimento de seu genitor, fiador do contrato de locação, falecido no curso do processo de execução.

Na ocasião, o eminente desembargador, apesar de dispor que parte da doutrina e da jurisprudência tem admitido a penhora do bem de família do fiador, reconhecendo, inclusive, que este era seu posicionamento anterior, aduz que a medida constritiva viola o direito à moradia previsto constitucionalmente, em afronta direta e manifesta aos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da preservação da dignidade humana.

O relator afirma que a interpretação literal da norma infraconstitucional não se apresenta como a medida mais apropriada e compatível com o sistema jurídico vigente, visto que, “em sua grande maioria, os contratos de locação de imóveis são verdadeiros contratos de adesão, contendo cláusulas padronizadas, onde o fiador assume a obrigação de forma solidária”.

O desembargador reconheceu, ainda, que a impenhorabilidade do bem de família do fiador traduz-se em matéria de ordem pública, e, portanto, argüível em qualquer grau de jurisdição, mesmo que não alegada em instâncias ordinárias.

Relevante se faz mencionar que, a respeito da questão controversa da possibilidade de penhora do bem de família do fiador, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, mesmo diante da decisão do STF pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação, editou o incidente de uniformização jurisprudencial nº 42-0/233, para afastar a possibilidade de penhora sobre o único imóvel do fiador, em razão de a questão ter sido debatida das diversas vezes pelo tribunal.

⁵⁶TJDFT, 1ª T. C., APC nº 2006110487870, Rel. Des. Nivio Gonçalves, j. em 20.09.2007.

À vista disso, também em 2007, a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, julgando o Agravo de Instrumento nº 54208-5/180, por unanimidade, reconheceu a incoerência da permissão à penhorabilidade do bem de família do fiador:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIADOR. IMPENHORABILIDADE DO ÚNICO IMÓVEL. INCIDENTE PROCESSUAL Nº 42-0/233.

I - Uniformizada a jurisprudência desta corte de justiça afastando a possibilidade de penhora sobre o único imóvel do fiador do contrato de locação sob o entendimento de derogado o inciso VII, artigo 3º da Lei 8.009/90, com a redação dada pela Lei 8.245/91, via da Emenda Constitucional nº 26/2000, que modificou a redação do artigo 6º da Constituição Federal, para incluir dentre os direitos sociais a moradia, tem-se por necessário curvar-se à decisão do órgão especial, mantendo o único imóvel do agravante inatingível pela penhora.

II - Agravo conhecido e provido⁵⁷.

Por oportuno, a eminente relatora desembargadora Beatriz Figueiredo Franco reconheceu a impenhorabilidade do bem de família do fiador em consonância com o informativo jurisprudencial nº 42-0/233 firmado no âmbito do Tribunal de Justiça de Goiás, conferindo unidade de interpretação e servindo de referência ao julgamento de casos análogos. Mediante a inclusão do direito à moradia no texto constitucional, após a edição da EC nº 26/2000, não seria coerente permitir a penhora do único imóvel do fiador em violação expressa a um direito protegido constitucionalmente.

Consolidando o crescimento expressivo da parcela jurisprudencial, no âmbito de diversos tribunais de diferentes regiões do país, que militam em defesa do reconhecimento do direito à moradia ao fiador, os juízes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por unanimidade de votos, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2011.031585-7/0000-00, em 2011, reconheceram que a exceção prevista no inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90 ocasiona conflito direto com o direito à moradia e, pela afronta ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana deve ser afastada a possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR – NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – MÉRITO DO RECURSO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – COBRANÇA DE ALUGUERES E ENCARGOS LOCATÍCIOS – BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR – IMPENHORABILIDADE – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90 – CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA –

⁵⁷TJGO, 4ª C.C., AI nº 54208-5/180, Rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco, j. em 29.03.2007.

AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

I. Se o agravante juntou aos autos a cópia da decisão agravada, bem como a certidão de intimação e a procuração por si outorgada e aquelas subscritas pelos agravados, resta preenchida a exigência contida no art. 525, I, do CPC.

II. O Estado-Juiz, mediante a presidência do processo executivo, não pode ser conivente com a tentativa de despojar o fiador e sua família do refúgio de sua residência para, mediante expropriação forçada, converter o bem de família em pecúnia, a fim de satisfazer o crédito do locador frente ao afiançado.

III. Tal proceder, antes de demonstrar o completo esvaziamento do princípio da solidariedade e a absoluta indiferença com a dignidade do garantidor e sua família, reflete a sobreposição de um direito disponível – crédito – sobre um direito fundamental – moradia.

IV. A pretensão de expropriação do imóvel residencial do fiador ganha maiores contornos de inadmissibilidade quando, em comparação com o direito posto ao devedor principal, percebe-se que a garantia negada ao garantidor é amplamente assegurada ao afiançado.⁵⁸

O relator desembargador, Marco André Nogueira Hanson, reconheceu, nessa oportunidade, que, em defesa das condições mínimas que baseiam a vida em sociedade, e em função da dignidade da pessoa humana, não seria possível que se autorize a expropriação do imóvel que se destina a acolher a entidade familiar do devedor.

Portanto, o juiz não poderia ser conivente com a tentativa de se retirar do fiador e de sua família “o refúgio de sua residência para, mediante expropriação forçada, converter o bem de família em pecúnia, a fim de satisfazer o crédito do locador frente ao afiançado”.

Inovadora foi a decisão dos juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul em defesa da impenhorabilidade do bem de família do fiador diante do fato dos fiadores serem pessoa idosas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CONTRATO DE LOCAÇÃO – ÚNICO IMÓVEL DOS FIADORES – IDOSOS – PREVALÊNCIA DO DIREITO DE MORADIA DIGNA E DEVER DO ESTADO DE PRESERVAÇÃO DE TRATAMENTO VEXATÓRIO OU CONSTRANGEDOR – ESTABELECIDOS NO ESTATUTO DO IDOSO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 230 DA

⁵⁸TJMS, 3ª C.C., Ag. nº 011.031585-7/0000-00, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. em 27.03.2011.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL – IMPENHORABILIDADE DO BEM –
DECISÃO SINGULAR MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Apesar das recentes decisões dos STF e STJ acerca da penhorabilidade do único imóvel do fiador no contrato de locação, ante as peculiaridades do caso, não deve prevalecer a interpretação da letra fria da Lei nº 8.009/90, isto com vistas a reconhecer a impenhorabilidade do bem em que residem os fiadores, pessoas idosas, aos quais o Estatuto do Idoso assegura o direito de moradia digna e o dever do Estado de colocá-los a salvo de tratamento vexatório ou constrangedor, fazendo, sobretudo, cumprir-se o disposto no artigo 230, da Constituição Federal⁵⁹.

No caso, o eminente relator desembargador, Paulo Alfeu Puccinelli, apesar de reconhecer que, diante da polêmica instaurada, vinha se posicionando a favor da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação, tendo em vista os precedentes criados pelas decisões do STF e do STJ, há uma particularidade no caso em questão que enseja que essa compreensão seja ponderada, o fato dos fiadores serem pessoas idosas com idade superior a 60 anos.

Por conseguinte, o relator entende que, diante das peculiaridades do caso, não seria possível a interpretação fria da letra da lei da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 para possibilitar a penhora do bem de família do fiador, visto que as condições especiais do caso impõem uma apreciação diferenciada em conformidade com as regras protetivas do Estatuto do Idoso, “posto que a essa altura da vida retirar o único bem dos fiadores, ora agravados, é atitude, no mínimo, desumana”.

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, citado pelo desembargador para amparar o decisório, destina-se a assegurar direitos essenciais aos cidadãos com idade igual ou superior a 60 anos, prevendo, entre outras garantias fundamentais, o direito à moradia digna aos idosos e a proteção à dignidade do idoso em relação à exposição a tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, conforme disposição de seus artigos 8º, 10, §3º e 37, nesses termos:

Art. 8º. O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

⁵⁹TJMS, 2ª C.C., Ag. nº 2012.003103-3/0000-00, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, j. em 10.04.2012.

Art. 10, §3º. É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

No âmbito jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em meio ao massivo posicionamento pelos tribunais da região de afirmação da aplicabilidade da medida constritiva em relação ao imóvel residencial do fiador, ressalta-se a manifestação do desembargador Sebastião Pereira de Souza pela possibilidade de se estender a impenhorabilidade do bem de família ao imóvel do fiador, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.07.572505-1/001, em 2011, apesar de ter sido, na ocasião, voto vencido. Mesmo sem prosperidade, vale transcrever as razões trazidas pelo eminente relator, a título de enriquecimento argumentativo:

LOCAÇÃO - FIANÇA - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO - ARTIGO 3º DA LEI 8.009/90.

A impenhorabilidade não é oponível em processo de execução de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, nos termos do inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90.

Voto vencido. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CRÉDITO DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Com espeque na alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 26 e no próprio escopo da Lei nº 8.009/90, resta claro que as exceções previstas no artigo 3º dessa lei não podem ser tidas como irrefutáveis, sob pena de dar cabo, em alguns casos, à função social que exerce o bem de família, o que não pode ser admitido. Não se olvida que 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. Deram provimento ao recurso, vencido o relator⁶⁰.

⁶⁰TJMG, 16ª C.C., APC nº 1.0024.07.572505-1/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. em 29.06.2011.

O relator, atuando em defesa do reconhecimento da garantia da impenhorabilidade ao imóvel residencial do fiador, afirma que as exceções trazidas pelo art. 3º da Lei 8.009/90 “não podem ser tidas como irrefutáveis, sob pena de dar cabo, em alguns casos, à função social que exerce o bem de família, o que não pode ser admitido”. Reconheceu a incidência no ordenamento jurídico da Teoria do Patrimônio Mínimo como extensão do princípio da dignidade humana afirmando ser a moradia um “direito fundamental da pessoa humana para uma vida digna em sociedade”.

A postura contraditória do STF, em autorizar a penhorabilidade do bem de família do fiador, fazendo prevalecer a exceção legal, também recebe críticas doutrinárias. Nesse sentido, em recente obra, o insigne jurista Luiz Edson Fachin tece críticas relevantes ao retrocesso trazido pela decisão da Suprema Corte:

Tratar-se apenas de avanços e recuos é insuficiente. Há, a rigor, consonância ou dissonância, *e.g.* na admissão de penhora do bem de família do fiador, a criticável decisão do Supremo Tribunal Federal é consoante ao pensamento estruturado por mecânica lógico formal, mas é dissonante dos valores incorporados nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais, além de minguada na fundamentação quanto às alternativas de tutela do legítimo crédito do locador. Duas faces da mesma moeda; aqui, neste aspecto da dialética, há, mormente no Direito Civil, morada para o avanço problematizante. Posto tais horizontes, inclusive em termos metodológicos, impende registrar as pontes que trouxeram o Direito Civil para esta quadra do tempo presente.⁶¹

Pelo apanhado jurisprudencial trazido para análise, restou cristalina a postura de parcela significativa da jurisprudência em afastar a linha jurisprudencial e doutrinária majoritária para, em consonância com os preceitos constitucionais, apresentar sua irrisignação ante a postura contraditória atualmente vigente firmada pelos tribunais superiores em permitir o afastamento da impenhorabilidade do bem de família ao fiador.

Entre os motivos expostos, muito se reforçou que, com a inclusão do direito à moradia ao texto constitucional pela EC 26/2000, houve afastamento da hipótese de exceção à impenhorabilidade do imóvel do fiador, reconhecendo que este, do mesmo modo que o devedor principal, também faz jus à preservação de seu único imóvel residencial, não

⁶¹FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 50.

existindo motivo suficiente a justificar o estabelecimento de um tratamento desigual entre a figura do fiador e o locatário.

8. Novos Horizontes a Caminho do Reconhecimento da Impenhorabilidade do Bem de Família do Fiador a partir do julgamento do RE nº 605.709 pelo STF.

Passados mais de 12 anos desde o julgamento do RE nº 407.688 pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Suprema Corte solidificou o entendimento sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador por débitos decorrentes do contrato de locação, declarando a inexistência de afronta ao direito à moradia do fiador, o RE nº 605.709 trouxe a questão novamente para apreciação pelo STF.

Pela análise do RE nº 605.709, a Suprema Corte voltou a debater a constitucionalidade da medida constritiva em relação ao imóvel bem de família do fiador, porém pela verificação das premissas fáticas que envolvem o contrato de locação comercial.

Foi desse modo que, em junho de 2018, contrariando o parecer do relator o ministro Dias Toffoli, a Primeira Turma do STF, sob a presidência do ministro Marco Aurélio, decidiu pela inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação comercial, a partir do voto da ministra Rosa Weber, designada como redatora do acórdão, que conta com a seguinte redação:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS EM PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE, QUE ABORDARAM GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. CASO CONCRETO QUE ENVOLVE DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. 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 não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 26/2000.

2. 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 não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, 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 à moradia.

3. Premissas fáticas distintivas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido⁶².

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelos recorrentes, que foram fiadores em contrato de locação comercial, contra decisão da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que rejeitou a alegação de impenhorabilidade do imóvel objeto da medida constritiva, baseada no fato de ser este bem de família.

A decisão amparou-se nos precedentes da Suprema Corte, sobretudo no RE 407.688-8, nos quais restou reconhecida a constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, que afastou a regra da impenhorabilidade do bem de família em execução de dívida decorrente de fiança locatícia.

Os recorrentes sustentam que esse entendimento não se aplicaria ao presente caso, pois a fiança teria sido concedida em contrato de locação comercial. Ainda, pretendem o reconhecimento dos efeitos imediatos do direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal, para que seja declarada a impenhorabilidade de seu imóvel, bem de família.

Em síntese, a questão discutida no presente recurso diz respeito à penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação de imóvel comercial. Assim, no julgamento do recurso, a questão da análise da constitucionalidade do artigo 3º, inciso

⁶²STF, 1ª T., RE nº 605.709, redatora do acórdão Min. Rosa Weber, j. em 12.06.2018.

VII, da Lei 8.009/90, que trata da exceção à impenhorabilidade do bem de família em contrato de fiança, voltou a ser discutida tendo em vista a inclusão do direito à moradia no rol de direitos sociais constitucionalmente garantidos.

O relator do caso, ministro Dias Toffoli, negando provimento ao recurso, sustenta que a matéria já foi submetida à análise da Suprema Corte no julgamento do RE nº 407.688-8, ocasião em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inexistência de afronta ao direito de moradia em caso análogo ao que se discute, entendendo que, no caso concreto, não existam motivos suficientemente relevantes para que se possa afastar a jurisprudência consolidada pela Corte.

Segundo o entendimento do ministro, as normas jurídicas que estimulam a oferta de imóveis ao mercado de locação não contraria o direito à moradia. Reitera o fato de tratar-se de uma obrigação livremente assumida pelo fiador, sendo a função da fiança garantir o direito de crédito do credor, “que deposita sua fé na pessoa do fiador.”

Após o voto do ministro Dias Toffoli, pediu vista do processo o ministro Luís Roberto Barroso. Acompanhando o posicionamento do relator, votou pela viabilidade da medida constritiva, ressaltando que, numa economia de mercado, a livre iniciativa é fator inerente à liberdade individual, a fiança prestada viabiliza o exercício da atividade econômica pela sociedade. Desse modo, não haveria desproporcionalidade na exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, pois ninguém é obrigado a prestar fiança.

A eminente ministra Rosa Weber, contrariando o parecer do relator, aduz, em suas razões, ser incompatível a possibilidade de penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação comercial dada a agressão frontal aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e dos preceitos constitucionais de proteção à família, sendo esses direitos suficientemente relevantes e essenciais para inviabilizar a medida constritiva aos bens do fiador.

Destaca, ainda, que o direito à moradia do fiador não pode ser sacrificado em detrimento do estímulo à livre iniciativa e à satisfação do crédito advindo da locação do imóvel comercial ressaltando que, diferentemente do que ocorre no caso do contrato de locação residencial, a locação comercial “não se presta à promoção do próprio direito

fundamental à moradia.” Portanto, não seria proporcional e razoável permitir o retrocesso legislativo para, em defesa de interesses meramente patrimoniais do locatário, seja possibilitada a sujeição do fiador ao desamparo ao mínimo existencial.

Segundo o entendimento da ministra, no julgamento do RE 407.688 pelo STF, é possível se contrapor o direito à moradia do fiador ao direito à moradia dos locatários, que necessitam da figura do fiador para viabilizar seu acesso à uma moradia. A mesma situação não se verifica quando estamos diante de fiança em contrato de locação comercial, que não se presta à promoção do direito à moradia do locatário.

Para defender seu posicionamento, a ministra Rosa Weber reiterou que a medida constitutiva prevista no inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, não foi recepcionada pela Constituição Federal a partir da inclusão do direito à moradia pela EC nº 26/2000. Portanto, não seria legítimo permitir o sacrifício do direito fundamental à moradia do fiador ante a projeção da livre iniciativa, uma vez que:

considerações a respeito da autonomia da vontade e da liberdade contratual do fiador não podem relegar a 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.

Eventual desestímulo à livre iniciativa que decorra da afirmação da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel comercial não se reveste de envergadura suficiente para suplantar a necessidade de observar o direito constitucionalmente assegurado à moradia, enquanto desdobramento da própria dignidade da pessoa humana e da proteção à família (arts. 1º, III e 226, *caput*, da Magna Carta).

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 sopesar todo o arcabouço erigido para preservar a dignidade humana em face de dívidas.⁶³

A atuação da ministra Rosa Weber para viabilizar a proteção da impenhorabilidade ao bem de família do fiador em contratos de locação comercial tem como fundamento as mesmas razões destacadas pela jurisprudência que se contrapõe à constrição patrimonial do fiador em contratos de locação residencial.

⁶³STF, 1ª T., RE nº 605.709, redatora do acórdão Min. Rosa Weber, j. em 12.06.2018, p.380.

Não podemos deixar de notar que, em seu voto, houve a atuação em defesa da inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, o reconhecimento da violação direta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e dos preceitos constitucionais de proteção à família, além da afirmação da importância do direito à moradia que não poderia ser sacrificado em razão de interesses meramente patrimoniais e do estímulo a livre iniciativa, argumentos que justificam a ausência de legitimidade da medida constritiva imposta ao fiador.

Apesar de breves são de extrema relevância as considerações feitas pelo ministro Luiz Fux que votou pela incompatibilidade da penhora do bem de família do fiador com o direito fundamental à moradia, acompanhando o voto da ministra Rosa Weber.

O ministro apresenta seu inconformismo com a questão de que o devedor possa ter garantido a seu favor a proteção ao bem de família e a garantia da fiança em detrimento do direito à moradia do fiador que, apesar de não ser obrigado a prestar a fiança, se colocam nessa situação simplesmente para viabilizar o acesso de outras pessoas a um imóvel, vinculando-se por questões que não são de ordem econômica.

As considerações formuladas pelo eminente ministro apontam críticas à possibilidade de penhora do bem de família do fiador, sem que, contudo, tenha se posicionado no sentido de fazer diferenciação entre o contrato de fiança de locação comercial e residencial.

Portanto, não seria errôneo apontar a possibilidade de que o entendimento do ministro Luiz Fux seja em favor de se restringir a incidência da medida constritiva inclusive aos fiadores nos contratos de locação residencial. O ministro apresenta seu inconformismo com a medida constritiva em si, afirmando que “representa uma injustiça que o devedor possa ter preservado o bem de família e a fiança possa sacrificar o patrimônio do devedor.”

Quinto voto no julgamento, o parecer do ministro Marco Aurélio foi decisivo para resolver a questão que seguia empatada. O ministro evidenciou que, na sua concepção, não caberia distinguir entre o contrato de fiança em locação comercial e o contrato de fiança em locação residencial, para que se possa reconhecer a aplicação da

impenhorabilidade do bem de família ao fiador pois, “não cabe distinguir onde a lei não distingue. Há manifestação de vontade do fiador, quer trate de locação residencial, quer comercial.”

O voto ministro Marco Aurélio, que presidiu o julgamento, se fez relevante sobretudo pelo fato de que o ministro participou da votação do RE 407.688 em 2006, ocasião em que votou pela constitucionalidade da penhora. Todavia, Marco Aurélio mudou de posicionamento, deixando claro em seu voto que, seja na locação comercial ou na locação residencial, o direito fundamental à moradia não poderia sucumbir ante a proteção da livre iniciativa, tendo em vista seu caráter de proteção à família.

A alteração de posicionamento do ministro Marco Aurélio, aliada à argumentação exposta pelos ministros Luiz Fux e Rosa Weber em defesa da impenhorabilidade do bem de família do fiador, evidencia a possível modificação de entendimento da Suprema Corte sobre o tema.

Em verdade, é possível afirmar que, com base no posicionamento da Suprema Corte, houve uma evolução jurisprudencial sobre o tema com o reconhecimento do direito à moradia ao fiador mesmo diante do posicionamento consolidado pela constitucionalidade de medida constritiva. Houve, no julgamento do RE 605.709 de 2018, o reconhecimento, pela maioria dos ministros, de que a proteção ao direito à moradia não pode ser sacrificada em detrimento do estímulo à livre iniciativa.

Em paralelo, a decisão do STF abre caminho para a proliferação de novos debates acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador seja qual for o tipo de contrato, comercial ou residencial, visto que os preceitos argumentativos apontados podem, perfeitamente, como já vinha acontecendo, ser aplicados ao fiador do contrato de locação residencial. Novos horizontes a caminho do reconhecimento da incompatibilidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação residencial surgem.

9. Conclusão

O Direito tem como objetivo regulamentar as relações sociais. Um de seus principais desafios, atualmente, é consolidar mecanismos que permitam o acesso ao sujeito aos

bens essenciais. Dentre esses bens, tidos como indispensáveis ao desenvolvimento digno do ser humano, temos a moradia.

A garantia à moradia instrumentaliza o desenvolvimento pessoal do indivíduo e da entidade familiar, na medida em que confere um certo grau de segurança e viabiliza o aprimoramento pessoal e social do indivíduo e de sua entidade familiar, sendo, desse modo, indubitavelmente, um mecanismo que confere efetividade à dignidade da pessoa humana.

Apesar de evidente avanço que se teve em relação à proteção do indivíduo e da entidade familiar com a inclusão no ordenamento jurídico da teoria do mínimo existencial, do instituto do bem de família e, sobretudo, com a inserção do direito à moradia ao texto constitucional como direito fundamental, é certo que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a efetividade do direito constitucional à moradia em relação à autonomia privada, por meio do julgamento do RE 407.688, acabou por restringir o direito à moradia do fiador, permitindo a violação de sua dignidade em decorrência de interesses meramente patrimoniais.

Após a análise dos argumentos que deram sustentação à medida constritiva, julgando ser constitucional a penhorabilidade do bem de família do fiador, verificou-se que as razões apresentadas partem de um raciocínio que, em vez de conferir efetividade ao direito à moradia, acabam restringindo-o priorizando a manutenção da lógica de mercado. O direito à moradia do fiador não pode ser violado com base na justificativa de se conferirem garantias mais concretas ao credor de que a obrigação será cumprida.

O entendimento, portanto, de que a fiança viabiliza o acesso a um número maior de pessoas que não têm condições de ser proprietárias, e que o direito à moradia pode ser concretizado por meio do acesso à moradia pela fiança, tem o objetivo real de estimular a livre iniciativa visto que a necessidade de se valer de um fiador restringe o acesso à moradia aqueles que não têm sequer condições de se valer de um fiador. As pessoas mais vulneráveis economicamente são as que sequer conseguem um fiador para garantir seu acesso à moradia. Esta é uma realidade que o mercado não se preocupa, mas que de fato não deixa de existir.

O escopo definitivo da Lei do Bem de Família é a proteção da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à moradia, portanto, a interpretação dada ao direito à moradia que permita que o fiador possa ser violado em seu imóvel, que resguarda a entidade familiar e sua dignidade como indivíduo, não pode ser encarada como a mais adequada aos valores constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana, de proteção à família e do próprio direito à moradia.

A interpretação literal da norma infraconstitucional não se apresenta como a medida mais apropriada e compatível com o sistema jurídico vigente. Desse modo, a proteção à moradia encontra legitimidade enquanto desdobramento da proteção à dignidade da pessoa humana, da preocupação da ordem constitucional em tutelar a entidade familiar e resguardar os bens mínimos essenciais para uma vida digna.

A consagração constitucional do direito à moradia, do princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção à família, aliados à noção do mínimo existencial e à finalidade do bem de família, fundamentam a superação de normas que pretendam restringir direitos essenciais do indivíduo. Embora o STF tenha proferido parecer afirmando a constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador, esse entendimento não se mostra o mais adequado à leitura dos preceitos constitucionais destacados. Logo, a penhora ao bem de família do fiador não é uma medida legítima porque viola preceitos constitucionais.

A exaltação da autonomia privada e a manutenção do equilíbrio de mercado não justificam a agressão ao lar do fiador, portanto, a possibilidade de penhora ao bem de família do fiador nos contratos de locação merece ser revista.

10. Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA JÚNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. *O patrimônio mínimo existencial: a proteção aos bens dos indivíduos para além do bem de família*. In EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (coords.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *Reflexões sobre os mínimos: O diálogo civil constitucional da teoria do patrimônio mínimo com a noção de mínimo existencial*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um direito civil constitucional*. In: Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I. Rio de Janeiro: PUC, 1991. Disponível em: revistades.jur.puc-rio.br. Data de acesso: 29.05.2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROSENVALD, Nelson. *Do bem de família aos bens existenciais da pessoa humana*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito à moradia*. In, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. *Transformações no conceito jurídico de patrimônio: a contribuição de Luiz Edson Fachin*. In, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

WEISSHEIMER, Rosilene Antônia Dias. *A (in)constitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador em contrato locatício*. *Revista Prolegis*, 2015. Disponível em: www.prolegis.com.br, Data de acesso: 02.06.2019.

STF, T. Pleno, RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006.

STF, 1ª T., RE nº 605.709, redatora do acórdão Min. Rosa Weber, j. em 12.06.2018.

STF, RE 352.940, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 25.04.2005.

STJ, 5ª T., REsp. nº 631.262, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 02.08.2005.

TJDFT, 1ª T. C., APC nº 2006110487870, Rel. Des. Nívio Gonçalves, j. em 20.09.2007.

TJDFT, 4ª T. C., APC nº 20000710026823, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, j. em 03.11.2003.

TJGO, 4ª C.C., AI nº 54208-5/180, Rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco, j. 29.03.2007.

TJMG, 16ª C.C., APC nº 1.0024.07.572505-1/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. em 29.06.2011.

TJMS, 2ª C.C., Ag. nº 2012.003103-3/0000-00, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, j. em 10.04.2012.

TJMS, 3ª C.C., Ag. nº 011.031585-7/0000-00, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. em 27.03.2011.

TJPR, 11^a C.C., AI n^o 308.257-7, Rel. Des. Mário Rau, j. em 30.11.2005.

TRF da 3^a Região, 4^a T., AI n^o 0026287-53.2015.4.03.0000, Rel. Des. Federal Mônica Nobre, j. em 04.05.2016.