



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO CIVIL

LUIZ HENRIQUE BARRETO SANTOS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE
FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO**

Salvador
2018

LUIZ HENRIQUE BARRETO SANTOS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE
FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Direito
Civil.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ HENRIQUE BARRETO SANTOS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE
FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito
Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Arileide e Nelson, pelo apoio e amor incondicional durante toda a minha vida e formação acadêmica. Por sempre acreditarem em mim, pelos sacrifícios ao longo dos anos e por nunca pouparem esforços nessa jornada para que atingisse os meus objetivos e sonhos. São o início de tudo e o meu norte, e por eles serei eternamente grato. Obrigado pelos bons conselhos, os verdadeiros.

Ao amor de minha vida, Ingrid que me fez enxergar o mundo de outra forma, sempre me motivando e demonstrando o quão bom é ser positivo na vida. Eternamente grato por toda a ajuda e não cabem palavras para tanta admiração pela pessoa e pelo altruísmo e a doação que você fez por mim. Só me faz acreditar ser possível ser uma pessoa melhor sempre e sempre.

RESUMO

O trabalho versa sobre a exceção prevista no art. 3º, inciso VII da Lei do bem de família (Lei 8.009/90), que prevê a possibilidade da penhora do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

O conceito de bem de família segundo a lei 8.009/90, é o imóvel de residência, moradia da família, e por tal motivo, não pode ser penhorado. Só pode ser penhorado se for alguma das exceções previstas no art. 3º da Lei acima.

Ocorre que há uma contradição nessa exceção do inciso VII, pois a proteção do bem de família continua para o devedor principal, mas para o fiador, o responsável secundário pela dívida, não há a mesma proteção da lei.

Como o objeto do trabalho é sobre essa exceção da lei, ela é restrita aos casos de fiança em contratos de locação, faz-se necessário conceituar o instituto do contrato de fiança, bem como do contrato de locação residencial. Será feita a análise da constitucionalidade dessa exceção, pois na doutrina e jurisprudência se argumenta que ela fere o princípio da isonomia entre os sujeitos no polo passivo, assim como não protege o direito à moradia constitucional do bem de família do fiador.

Faz-se a análise da Súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça, bem como o estudo dos princípios da dignidade da pessoa humana, direito social à moradia e o princípio da isonomia

Palavras-chave: bem de família; impenhorabilidade; direito à moradia; princípio da isonomia; fiador em contrato de locação; direitos fundamentais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CC/02	Código Civil de 2002
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O BEM DE FAMÍLIA E O DIREITO A MORADIA NO BRASIL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
2.1 O BEM DE FAMÍLIA: SISTEMÁTICA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	13
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO BEM DE FAMÍLIA NO BRASIL E O OS DIVERSOS CONCEITOS DE FAMÍLIAS ATUAIS	16
2.3 A QUESTÃO FUNDIÁRIA BRASILEIRA	23
2.4 DOS REGIMES DO BEM DE FAMÍLIA	25
2.4.1 Do bem de família convencional	25
2.4.2 Do bem de família legal	27
2.4.3 O artigo 3º da Lei 8.009/90 – Exceções à impenhorabilidade	30
3 DA FIANÇA E DO CONTRATO DE LOCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	37
3.1 DO CONCEITO E ORIGEM DA FIANÇA E A LEGISLAÇÃO ATUAL	38
3.1.1 O fiador e a natureza jurídica de sua obrigação	40
3.1.2 A fiança no ordenamento jurídico - Código Civil	40
3.2 O FIADOR EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE BEM IMÓVEL RESIDENCIAL E A CLÁUSULA DE REVOGAÇÃO AO BENEFÍCIO DE ORDEM	41
4 A IN(CONSTITUCIONALIDADE) DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR POR OBRIGAÇÃO EM CONTRATO DE LOCAÇÃO	45
4.1 O PANORAMA ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA E A SÚMULA 549 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	46
4.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR	49
4.2.1 Dignidade da pessoa humana	49
4.2.2 Direito social à moradia	52
4.2.3 Função Social do Contrato e a fiança em locação de imóvel residencial	53
4.2.4 Princípio da isonomia	56
4.2.5 A proporcionalidade da penhora do bem de família do fiador e a técnica da ponderação	60
5 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Viver em sociedade é um verdadeiro desafio. Afirmar-se isso, pois constantemente as pessoas são desafiadas a fazer algo, construir algo, pagar ou adquirir bens, coisas e serviços que nem sempre são necessários à sua vida. Pensando em um dos maiores desafios da atualidade é que a construção desse trabalho foi planejada para discorrer sobre o direito à moradia (em especial, o direito à moradia relacionado aos contratos de locação de imóveis urbanos residenciais), às implicações referentes ao bem de família e o tratamento dado ao locatário e ao fiador, no tocante à inadimplência contratual.

A presente monografia pretende perpassar sobre esses pontos, envolvendo o contrato de locação e as questões referentes ao tratamento desigual dado aos sujeitos passivos da relação contratual. Especificamente, será discutida a questão da exceção prevista no art. 3º, inciso VII da Lei do bem de família (Lei 8.009/90), lei esta responsável por regular a matéria da seguinte forma: “É possível a penhora do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

O trabalho tem o objetivo de analisar o tema sobre o enfoque do instituto do bem de família, que segundo a própria lei conceitua, é o imóvel de residência, moradia da família, e por tal motivo, não pode ser penhorado. Cabe ressaltar que a própria lei prever, também, que o bem de família somente poderá ser penhorado se, no caso concreto, estiverem presentes algumas das exceções previstas na legislação.

Para tanto, inicialmente, será feito um estudo específico sobre a origem histórica do instituto do bem de família. Pretende-se entender como surgiu o referido instituto, a forma que inicialmente se aplicava, as questões referentes à origem americana - ainda chamado de homestead act -, até a evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, cotejando-se tanto o Código Civil de 1916, como o Código Civil de 2002.

Em seguida, buscou-se demonstrar como a mudança da ordem constitucional em decorrência do surgimento da Constituição Federal de 1988 foi essencial para um novo enfoque no direito civil, deixando-se para trás o estudo exegético da matéria, em que as relações privadas não eram de interesse da Carta Constitucional de um Estado de Direito.

A doutrina civilista caminhou a passos largos para uma mudança de paradigmas, em que não há como se pensar mais o direito civil dissociado das normas constitucionais, e,

portanto, o único modelo possível de aplicação das normas civis, é através de um Direito Civil Constitucional.

Aliado a isso, procurou-se a evolução do conceito histórico de família na sociedade brasileira, bem como a abertura para novos modelos sociais de entidade familiar. Ao trazer diversos conceitos e hipóteses de constituição familiar, tentou-se demonstrar como o tema que insere em direito de família é plural e necessário, pois a entidade familiar é o centro da sociedade e do direito.

Ainda na questão histórica do bem de família, fez-se um levantamento da questão fundiária no Brasil desde o Império, demonstrando o porquê a questão do direito à moradia no Brasil é tema tão sensível. Reflete-se sobre inúmeras oportunidades em que os governantes e legisladores tiveram para diminuir ou amenizar o problema grave da falta de um lar próprio dos brasileiros.

Para entender o bem de família de maneira ampla, debateu-se sobre os regimes de bem de família que operam no ordenamento jurídico brasileiro atualmente. Discorrendo-se assim sobre o regime de bem de família convencional ou voluntário, previsto desde o Código Civil de 1916, e que continua vigente com o código civil de 2002. Discorreu-se também sobre, o bem de família legal, o regime objeto de fato do presente trabalho, trazendo vasta jurisprudência sobre o bem de família, haja vista a enorme produção de julgados que o tema proporciona.

Fez-se ainda, uma análise minuciosa das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal, previstas no art. 3º da Lei 8.009/90. Estas exceções constituem parte do ponto central do trabalho, pois aqui se verificou em quais hipóteses o bem de família pode ser penhorado, como a legislação prevê essas exceções, bem como a posição da jurisprudência e a doutrina sobre cada um dos incisos contidos na norma supracitada.

Como o intuito da pesquisa era entender a constitucionalidade da norma jurídica que permite a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação de imóveis residenciais, preciso foi buscar os conceitos e origem dos institutos da fiança e da locação.

Assim, fez-se necessário trabalhar alguns conceitos referentes ao direito das obrigações, para, então, delimitar as características do contrato de fiança e entender a relação jurídica entre fiador, devedor e o credor. Foi possível perceber que a natureza jurídica desse instrumento contratual acessório é de suma importância, para que se possa deixar claro que o contrato de fiança constitui um acessório ao contrato principal, que no presente trabalho é o contrato de locação de bens imóveis residenciais urbanos. Entender tais questões foram de

suma importância para estabelecer limites e distinções quanto à responsabilidade do fiador ser subsidiária ou solidária.

Discorreu-se, ainda, sobre o benefício de ordem e a fiança no Código Civil de 2002.

Não obstante a discussão sobre a fiança, acreditou-se ser prudente avaliar a questão atinentes aos contratos de locação que envolvem a figura de um fiador como garante da dívida decorrente da locação do imóvel residencial.

Adentrando o tema para chegar à problemática envolvendo a penhorabilidade do bem de família do fiador, dedicou-se um capítulo inteiro para avaliar as teses a favor e contrárias a constitucionalidade da norma introduzida pela lei 8.245/91.

Inicialmente, teve-se o trabalho de buscar o maior número de jurisprudências e posicionamentos dos tribunais superiores, isolando-se para maior análise alguns julgados paradigmas. Dessa forma, deu-se grande ênfase ao julgamento em Recurso Extraordinário do Supremo Tribunal Federal RE 407.688-8/SP, o qual ainda hoje é o entendimento dominante da matéria.

O Supremo Tribunal Federal entende que é constitucional a penhora do bem de família do fiador, e que não houve violação ao direito à moradia, incluído como direito social no artigo 6º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000. Ocorre que, na pesquisa dos votos divergentes do julgamento em comento, tomou-se nota de argumentos contrários a tese vencedora e que mereciam maior análise.

Dito isto, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de casos repetitivos, decidiu editar a Súmula n. 549, na qual prescreve ser válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

Percebeu-se uma posição majoritária da doutrina no sentido da constitucionalidade da medida, mas fazia-se necessário confrontar os entendimentos com a doutrina e com as normas jurídicas como um todo.

No último capítulo macro, dedicou-se ao estudo dos princípios constitucionais e gerais do direito que regem a matéria do bem de família, bem como qual o melhor meio de interpretação das normas jurídicas para alcançar os fins sociais e fundamentais do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Começando pela análise histórica e doutrinária sobre o princípio basilar de toda a Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana, traçou-se quais são os seus limites, as implicações de tal princípio ser elevado a um dos fundamentos da República. Se a penhora do bem de família do fiador tem condão ou não de macular a vida digna em sociedade.

O direito à moradia foi o próximo passo da pesquisa, haja vista a relação umbilical entre o direito de proteção ao bem de família e o direito à moradia. De igual modo, buscou-se determinar as dimensões negativas e positivas deste princípio. Classificado como um direito social e fundamental, percebe-se que ainda há espaço para questionamentos e maior aprofundamento do princípio em tela, haja vista ser um direito considerado de 2ª dimensão por muitos, entrando aqui uma discussão acerca do papel do Estado na promoção dos direitos fundamentais e de um conteúdo programático de constituição e sociedade.

Analisou-se ainda, a função social do contrato no direito civil e suas implicações. Percebeu-se que a função social do contrato, como previsto no art. 421 do Código Civil, é um elemento essencial na interpretação das relações obrigacionais no novo panorama de um direito civil constitucionalizado. A função social do contrato exerce um controle finalístico na análise da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, que deverá ser considerado pelo jurista no caso concreto. Importantes lições acerca do tema foram abordadas neste tópico, haja vista o questionamento se o bem de família do fiador poder ser objeto de penhora cumpre a função social do contrato.

Como penúltimo tópico a ser analisado, o princípio da isonomia foi colocado em debate para se esclarecer os questionamentos a respeito de um possível tratamento desigual entre indivíduos em uma mesma ou semelhante posição contratual perante o credor de uma relação obrigacional em contrato de locação.

Buscou-se de igual maneira, conceituar o princípio da isonomia com balizada doutrina constitucional, entender as nuances do tema, como por exemplo, a eficácia negativa como limitadora a discriminações legais, bem como a eficácia positiva que exige do poder público a proteção e a promoção da igualdade em seu aspecto substancial, e não apenas formal como descrito em lei.

Nota-se que grande parte da divergência jurisprudencial sobre a impenhorabilidade ou não do bem de família do fiador, reside neste capítulo, se há ou não de fato uma violação à isonomia quando colocado as situações jurídicas do fiador e do devedor de aluguel.

Por fim, tratou-se da proporcionalidade da medida adotada pela lei 8.009/90 no inciso VII do art. 3º, através do princípio da proporcionalidade e da técnica hermenêutica da ponderação quando há bens jurídicos constitucionais em conflito.

Em linhas gerais, foram esses referenciais teóricos adotados e seguidos no presente trabalho.

2 O BEM DE FAMÍLIA E O DIREITO A MORADIA NO BRASIL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como ponto inicial do presente do trabalho, faz-se necessário um estudo do instituto do Bem de Família, de qual modo o mesmo se estabeleceu no ordenamento brasileiro e sua evolução histórica no Direito.

Em cotejo com a sistemática trazida pela lei 8.009/90, resta imprescindível a análise do direito à moradia e seus reflexos jurídicos em todo o ordenamento.

O estudo do Direito Civil como disciplina jurídica, vem sendo modificado de forma profunda recentemente. Historicamente, era considerado o ramo de direito que regulava a vida privada, as relações interpessoais, relações de comércio, praticamente tudo relacionado à vida em sociedade, fora das estruturas políticas e estatais.

Embora os institutos do direito civil estejam em constante aprimoramento e aprofundamento, em sua essência, houve pouca mudança ao longo do tempo, conceitos como propriedade, posse, contratos, etc., preservam muito de sua base histórica.

No entanto, o direito civil em sua forma mais positivista e legalista, não vem conseguindo apenas com base nas normas estanques e rígidas dar respostas aos novos modelos da sociedade que vem surgindo. Em uma sociedade da hiperinformação, em que o conteúdo informacional produzido nos últimos dois anos é maior do que o realizado em um século, em que padrões e costumes vêm sendo alterados constantemente, como novos modelos de núcleo familiar, liberdade sexual e de gênero, globalização, etc.

Dessa forma, vem sendo uma tônica do Direito Civil Brasileiro, um estudo do Direito Civil Constitucionalizado, deixando para trás o estigma em que o Direito Civil regula somente as relações privadas e a Carta Constitucional estabelecia apenas modelos de Governo, Estado e Garantias Mínimas.

Com esse referencial teórico, que o presente trabalho será pautado, um Direito Civil Constitucional, em que se dá espaço para toda carga principiológica trazida pela Constituição Federal Brasileira, não para suprimir ou relativizar as normas civis, mas para orientar, nortear a sua aplicação nessa nova realidade de constantes e abruptas mudanças da vida em sociedade.

2.1 O BEM DE FAMÍLIA: SISTEMÁTICA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

O instituto do bem de família foi instituído pela primeira vez no Estado do Texas, antes mesmo de sua independência em 1836. A Constituição do Estado de Texas de 1845 (PEREIRA, 2017, p. 717), trouxe a proteção e sua definição. Chamada de *Homestead act*, consistia na proteção do imóvel rural de uma família, contra a penhora do bem utilizado como residência da família. Após o Texas virar um dos Estados Federados Norte-Americano, o *Homestead Act* foi incorporado à legislação federal da época, em 1862.

Conforme esclarece Caio Mario, o homestead era definido como “uma porção de terra pertencente aos chefes de família protegida contra a alienação judicial forçada, por quaisquer débitos contraídos por seu proprietário posteriormente à aquisição da propriedade. O valor não poderia exceder a dois mil dólares e ao tamanho de duzentos acres de terra em área rural, uma vez que ainda não se previa o homestead urbano, o que somente veio a ocorrer muito tempo depois. O proprietário também não podia vender o homestead sem o consentimento da esposa.”

Antes disso, já se falava na antiga Roma em proteção ao patrimônio da família em relação às dívidas do proprietário.

Essa concepção romana, aliada à experiência legislativa vivida nos Estados Unidos da América no Século XIX, foram muito importante para se discutir o instituto do bem de família através de outro viés, o de um patrimônio mínimo existencial, em que cada ser humano, tem que ter a proteção de um mínimo existencial para viver.

Ocorre que o Direito Civil foi influenciando fortemente pelo Liberalismo da Era Moderna. Aliado ao positivismo científico, buscou-se regras fixas e a obediência total ao pactuado nas avenças entre particulares. Um grande exemplo é o Código Civil Napoleônico, inspirados pela Escola da Exegese, em que as normas eram perfeitas e imutáveis, capaz de regular toda as relações privadas da sociedade.

Como ensinam os doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2017, p. 830), tem-se que:

Historicamente, o Direito Civil foi enxergado com a ótica da orientação liberal predominante na Revolução Francesa, fulcrando sua base sólida na proteção patrimonial. Exemplo nítido é a proteção à propriedade privada e à obrigatoriedade

do cumprimento dos contratos, sedimentada no velho *pacta sunt servanda*. Quem não se lembra da máxima "contratou, tem de cumprir, pois o contrato faz lei entre as partes".

O princípio que norteou essa nova concepção na forma de relacionar os bens materiais à possibilidade de existência do indivíduo como ser social, foi o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988, e bem antes na Declaração de Direitos Humanos do Homem e do Cidadão.

A Constituição Federal, traz em seu art. 1º um de seus fundamentos, bem como no artigo 3º seus objetivos fundamentais como República, vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, como se observa, a própria Carta Constitucional tratou de promover a proteção do indivíduo nos aspectos de sua dignidade, a igualdade substancial entre níveis sociais e regionais, e estabelecer um novo parâmetro para as relações civis, a partir de sua Constitucionalização. A Constituição hoje serve como um prisma da interpretação das normas jurídicas, incluídas aqui as normas de Direito Civil.

Muito além da aplicação dos Direitos Fundamentais apenas na relação Estado x Particular, notadamente pela Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais, entende-se que as normas que regem as relações jurídicas privadas estão ligadas também à Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Não se admite mais interpretações da lei pela pura e simples exegese.

No Brasil, o grande estudioso e expoente doutrinário dessa temática foi Luiz Edson Fachin, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal. Em sua obra o Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, o autor discorre sobre a necessidade de se estabelecer a proteção a um patrimônio mínimo sem o qual, o indivíduo não conseguirá exercer muitos de seus direitos,

como o direito da personalidade, direito à moradia, e tantos outros. Sem um patrimônio mínimo respeitado por lei, em que a pessoa possa promover seu autodesenvolvimento, não se pode dizer que há o respeito a dignidade da pessoa humana.

Numa sociedade de consumo, em que boa parte das relações humanas são comerciais e monetizáveis, a pessoa não ter um patrimônio mínimo e a sua proteção legal contra a perseguição de seus bens essenciais, é o mesmo que negar o exercício de diversos direitos daquela pessoa.

As estruturas financeiras atuais visam cada vez mais o lucro, existe todo um mecanismo de captação do indivíduo desde o marketing, a propaganda, o que a mídia e a sociedade elegem como um modelo de sucesso pessoal e profissional, que atrai as pessoas ao consumismo desenfreado, sem se importar com a possibilidade de essas pessoas perderem tudo e até a sua forma de subsistência e proteção para honrar dívidas que foram contraídas nessa sistemática.

A conclusão que se chega é que não há vida digna sem a proteção a um patrimônio mínimo. Em que se preserve a moradia, alimentação, as necessidades humanas básicas de proteção, de um lar. Não basta viver, subsistir, existe cada vez mais uma necessidade preeminente de se ter uma vida social digna, pautada na dignidade da pessoa humana. Como ensina o Ilustre Edson Fachin (2006, p. 11-12) “a proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências (de despatrimonialização das relações civis), posto que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais”.

O patrimônio mínimo aqui discutido não pode ser estimado de antemão. O Judiciário tem que analisar de forma casuística cada demanda levada a sua apreciação. Não teria sentido falar em que o patrimônio só seria protegido até determinado valor, haja vista que o que se busca é a proteção da moradia, da proteção do núcleo familiar. Não há teto estipulado de valor patrimonial para o bem de família que decorre de lei. Tal entendimento foi bem delimitado no Informativo 441 do STJ, que se transcreve abaixo:

PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. VALOR VULTOSO.

Na espécie, o mérito da controvérsia é saber se o imóvel levado à constrição situado em bairro nobre de capital e com valor elevado pode ser considerado bem de família para efeito da proteção legal de impenhorabilidade, caso em que não há precedente específico sobre o tema no STJ. Ressalta o Min. Relator que, nos autos, é incontroverso o fato de o executado não dispor de outros bens capazes de garantir a execução e que a Lei n. 8.009/1990 não distingue entre imóvel valioso ou não, para efeito da proteção legal da moradia. Logo o fato de ser valioso o imóvel não retira sua condição de bem de família impenhorável. Com esse entendimento, a Turma conheceu em parte do recurso e lhe deu provimento para restabelecer a sentença. Precedentes citados do STF: RE 407.688-8-SP, DJ 6/10/2006; do STJ: REsp

1.024.394-RS, DJe 14/3/2008; REsp 831.811-SP, DJe 5/8/2008; AgRg no Ag 426.422-PR, DJe 12/11/2009; REsp 1.087.727-GO, DJe 16/11/2009, e REsp 1.114.719-SP, DJe 29/6/2009. **REsp 715.259-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 5/8/2010.**

Além do bem de família, há outros modelos de proteção ao patrimônio mínimo no Direito Brasileiro. Como bem salientam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2017, p. 831)

Exemplos contundentes da proteção ao patrimônio mínimo da pessoa humana podem ser apresentados. O primeiro deles é a proteção ao bem de família, assegurando o direito de moradia através da impenhorabilidade (impossibilidade de penhorar para pagar dívidas) do imóvel em que reside a pessoa humana (Lei n° 8.009/90 e CC, arts. 1.711 a 1.722). Outro exemplo interessante é o óbice da prodigalidade, por meio da proibição de que alguém possa fazer uma doação da totalidade do seu patrimônio, sem que se resguarde um mínimo para a sua sobrevivência digna (CC, art. 548). Finalmente, também ilustra a situação a previsão contida na legislação processual de impenhorabilidade de determinados bens (CPC, arts. 832 e 833), reconhecendo como necessária a preservação de um mínimo de patrimônio para o desenvolvimento das atividades humanas.

Destaca-se que a matéria é regida no ordenamento brasileiro pela Lei 8.009/90 e pelo capítulo próprio no Título de Direito de Família na Lei Civil, como será estudado adiante.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO BEM DE FAMÍLIA NO BRASIL E OS DIVERSOS CONCEITOS DE FAMÍLIAS ATUAIS

O bem de família foi instituído pela primeira vez no Brasil no Código Civil de 1916, em que se previa o bem de família convencional, em que a pessoa poderia escolher um bem de seu patrimônio, destacando-o com a cláusula de impenhorabilidade. Só existia essa possibilidade na Lei, o bem de família instituído por convenção, por escritura pública em ato formal e solene.

Era tratado no Código anterior (Lei 3.071/1916), no capítulo destinado à Parte Geral do código. Encontrava-se no artigo 70 e seguintes deste diploma legal, no Capítulo V, como vejamos:

Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.

Parágrafo único. A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexequível em virtude de ato da instituição.

Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais.

Art. 73. A instituição deverá constar de instrumento publico inscrito no registro de imóveis e publicado na imprensa e, na falta desta, na da capital do Estado.

Esse era o paradigma anterior do estudo da matéria. Como se pode ver, insuficiente para abarcar todos os tipos de família com a nova ordem constitucional da Constituição Cidadã. Nota-se que o paradigma anterior era de uma família patriarcal clássica, marido como o Chefe de Família, expressão utilizada pela própria legislação, com a esposa e filhos. Ocorre que diante das mudanças sociais, revoluções na educação, na cultura, nos meios de comunicações, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, foram determinantes para que o modelo tradicional de família não mais refletissem as famílias que surgiram com o passar dos anos.

Tratando da Concepção Constitucional de Família, o ilustre doutrinador Flávio Tartuce (2017, p. 34-35), ensina sobre o tema:

A Constituição Federal de 1988 tem um capítulo próprio que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso (Capítulo VII, do Título VIII – Da Ordem Social). Interpretando-se um dos dispositivos constantes desse capítulo, o art. 226 do Texto Maior, pode-se dizer que a família é decorrente dos seguintes institutos:

- Casamento civil, sendo gratuita a sua celebração e tendo efeito civil o casamento religioso, nos termos da lei (art. 226, §§ 1.º e 2.º).

- União estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º). A união estável está regulamentada nos arts. 1.723 a 1.727 do CC/2002, sem prejuízo de outros dispositivos da atual codificação.

- Entidade monoparental, ou seja, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4.º). Não há qualquer regulamentação específica dessa entidade no Código Civil ou em outra lei especial.

Alguns comentários práticos devem ser feitos em relação à concepção constitucional de família.

Primeiramente, a respeito da entidade monoparental, Eduardo de Oliveira Leite prefere utilizar a expressão famílias monoparentais, ensinando que “uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem e mulher) encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças. Enquanto na França determinou-se a idade-limite desta criança – menor de 25 (vinte e cinco) anos –, no Brasil, a Constituição limitou-se a falar em descendentes, tudo levando a crer que o vínculo pais x filhos dissolve-se naturalmente com a maioria de 18 (dezoito) anos, conforme disposição constante no art. 5.º do CC brasileiro” (Famílias..., 2003, p. 22). Concorda-se com a utilização dessa expressão e com o critério mencionado pelo jurista paranaense”

Para além do texto constitucional, surgiu novos modelos e conceitos de família, como a família monoparental, que nada mais é que o indivíduo apenas. Famílias criadas pela mulher, haja vista o abandono de muitos homens a seus filhos, isto fruto de uma cultura de irresponsabilidade com a paternidade e o machismo. Uniões por União Estável. Famílias

criadas por pais adotivos, famílias de irmãos, tios, parentes, como também a possibilidade de formação de uma família sem laços sanguíneos ou parentais, como uma família constituída por amigos que moram juntos e estabelecem uma vida em comum.

Maria Berenice Dias (2013, p. 43), especialista em matéria de Direito de Família, em seu Manual de Direitos das Famílias, no capítulo intitulado de Famílias Plurais, conceitua a família da seguinte forma para o direito:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

A autora exemplifica ainda, diversas formas de constituição de famílias que devem ser protegidas pelo direito brasileiro (DIAS, 2013, p 43-58):

a) Família Matrimonial

Aquela oriunda do casamento solene, com a chancela estatal. O Estado regulamentou e instituiu o modelo oficial de casamento, conforme o Código Civil. Até a o início da vigência da Constituição Federal de 1988, era o único modelo admissível de formação de família.

b) Família Informal

É a família formada pela união estável, decorre das relações de fato, em que não houve registro ou celebração de um casamento em seu rito legal exigido pela lei. Esse tipo de família está prevista no conceito de entidade familiar pela Constituição Atual, em seu art. 226, §3º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

c) Paralela ou simultânea

São as relações de família que sempre foram tratadas como adultério, concubinato pela lei, jurisprudência e uma parcela significativa da doutrina. Consistem em relações paralelas e simultâneas, na qual pode uma pessoa casada estabelecer vínculo e entidade familiar com outra pessoa, por exemplo, uma união estável. Observa-se que ainda há forte resistência da jurisprudência a reconhecer esse modelo de família. Existem algumas decisões esparsas, porém nos Tribunais Superiores, não vem se reconhecendo esse modelo de família.

d) Poliafetiva

É a formação de entidade familiar em que há três ou mais pessoas vivendo um relacionamento de afeto, vivendo como companheiros nos moldes da união estável. Esse modelo de família ainda não é comumente aceito também pelo Direito Brasileiro, vide o processo de Pedido de Providências (PP 0001459-08.2016.2.00.0000) julgado no CNJ, na qual se decidiu pela proibição dos cartórios brasileiros de registrar uniões poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas. (MONTENEGRO, 2018)

e) Monoparental

Como explica Berenice Dias (2013, p. 54):

É a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, 226, §4º). O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, atende a uma realidade que precisa ser arrostada. Tais entidades familiares receberiam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.

f) Parental ou anaparental

São as hipóteses de estrutura familiar que não decorrem da verticalidade dos vínculos parentais para o reconhecimento de um núcleo familiar. A convivência entre irmãos, parentes, tios e sobrinhos, bem como pessoas que mesmo sem parentesco, vivem dentro de uma estrutura de entidade familiar, que devem ser protegidas também pelo Estado. Como bem salienta Berenice, na hipótese de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, um delas vem a falecer, seria injusto dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. (DIAS, 2013, p. 55)

g) Composta, pluriparental ou mosaico

São famílias caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, a ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias. São famílias em que as pessoas têm filhos de outros relacionamentos, enteados e filhos próprios, todos convivendo numa mesma estrutura familiar. Essa família ainda não é bem regulamentada por lei e na jurisprudência.

h) Natural, extensa ou ampliada

O conceito de família natural está contido na lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 25:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

É basicamente a família biológica. Já a família extensa ou ampliada, está traduzida pelo parágrafo único do mesmo artigo, ela se estende para além do binômio pais e filhos, e considera os parentes próximos que mantém vínculos de afinidade a afetividade. Por sinal, o critério de definição desse tipo de família é justamente a valoração da afetividade.

i) Substituta

É o modelo de família prevista no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como se observa abaixo:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

É um modelo segundo a lei excepcional. Somente se não houver a possibilidade de criação e convivência da criança e do adolescente em sua família biológica ou ampliada, é que seria possível a família substituta. Em verdade, é uma categoria de família que é transitória, instrumental, no sentido de os laços de afetividade se perpetuarem através de uma possível adoção ou de outras formas de vínculos afetivos e familiares estudados até aqui.

j) Eudemonista

Como explica Maria Berenice Dias (2013, p. 58), pode-se conceituar a família eudemonista como aquela :

(...) que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do §8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis.

k) Homoafetiva

Por fim, continuando a análise das formas de família, questão importantíssima a ser tratada é a possibilidade de famílias constituídas por casais de mesmo sexo. Nota-se que até não muito tempo atrás, sequer havia a hipótese de uma família que não fosse heteronormativa, casais de um mesmo sexo constituir família, um lar, serem protegidos e resguardados pela lei e pela Constituição Federal.

Diante da necessidade de respostas às famílias homoafetiva que eram e são uma realidade presente na sociedade, houve um dos julgados paradigmas recentes de proteção aos direitos fundamentais, que foi a decisão sobre as uniões homoafetiva pelo Superior Tribunal de Justiça, que impulsionou Resolução do CNJ nº 175, obrigando todos os cartórios a registrar casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Transcreve-se abaixo o julgado:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1.183.378/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011, DJe 01.02.2012).

O tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu as relações homoafetivas como união estável, com iguais direitos e deveres. O Superior Tribunal de Justiça junto ao CNJ buscou facilitar a conversão dessas uniões estáveis em casamento também.

Importante frisar, que embora a jurisprudência dos tribunais superiores tenha se manifestado pelo reconhecimento da família entre pessoas de mesmo gênero, ainda não há lei disciplinando essas relações para dar suporte jurídico e mais proteção contra discriminações. Algo que deve demorar a acontecer, diante da formação conservadora do Congresso Nacional desde sempre, que se apoia na opinião pública que demora a aceitar "novas" formas de condutas sociais.

Diante de todos os modelos aqui apresentado, para concluir a análise dos diversos tipos de famílias pós-constitucionalização da Constituição Federal de 1988, Tartuce (2017, p. 35) conclui:

Justamente diante desses novos modelos de família é que se tem entendido que a família não pode se enquadrar numa moldura rígida, em um suposto rol taxativo

(*numerus clausus*), como aquele constante do Texto Maior. Em outras palavras, o rol constante do art. 226 da CF/1988 é meramente exemplificativo (*numerus apertus*). Essa constatação faz com que seja inconstitucional qualquer projeto de lei que procure restringir o conceito de família, caso do Estatuto da Família, no singular, em trâmite no Congresso Nacional. Por essa proposição, somente constituiriam famílias as entidades formadas por pessoas de sexos distintos que sejam casadas ou vivam em união estável, e seus filhos.

Conclui-se que nenhuma das hipóteses acima eram abarcadas pela ordem constitucional anterior e muito menos pela legislação ordinária cível. Pelo contrário, o Brasil viveu 25 anos de Ditadura Militar, na qual se reprimiram de forma intensa as manifestações políticas, novos modelos sociais diversos do apresentado como a regra pelo Regime Militar.

Portanto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não era capaz de dar respostas e voz aos anseios de uma sociedade em constante movimento.

2.3 A QUESTÃO FUNDIÁRIA BRASILEIRA

Aliado às mudanças culturais e de comportamento na sociedade brasileira, houve uma série de fatores ao longo da história brasileira que contribuíram para a desigualdade social e da falta de moradia própria a cada brasileiro. Destaca-se que o problema de terra e moradia no País vem desde a Época do Império, agravando-se após a República.

No Século XIX, com a constante chegada de imigrantes e a queda da escravidão por forte influência inglesa no combate ao tráfico de escravos, houve diversos acontecimentos que vieram até a decretação da Lei Áurea, oficialmente Lei Imperial n.º 3.353, sancionada em 13 de maio de 1888, determinando o “fim” da escravidão no Brasil.

Antes da referida lei abolicionista, a monarquia já ciente de que não poderia conter a derrocada do modelo escravocrata, bem como incomodada com a imigração em massa de europeus ao Brasil, para preservar a posse das terras brasileiras com a aristocracia latifundiária, editou a Lei de Terras, a lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, que proibiu a aquisição de terras que não fossem através da compra, bem como revogou o modelo de sesmarias que vigia desde 1530 no Brasil Colônia. Dispõe a lei de Terras:

Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

(...)

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.

A análise da lei com o momento histórico em que foi criada, demonstra que ela veio para proibir o acesso à terra aos estrangeiros e aos escravos libertos. Aqui é o início do problema agrário, urbano e de moradia no Brasil.

O Brasil decidiu seguir um modelo do latifúndio, das grandes fazendas exportadoras de insumos agrícolas, sem nunca se preocupar com as pequenas propriedades para produção e subsistência. Em diversos momentos houve a oportunidade de mudar esse paradigma, notadamente no Governo João Goulart, pré-golpe militar. No entanto, com a chegada dos milicianos ao poder, foi editada a lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, também chamada de o Estatuto da Terra, onde-se estabeleceu parâmetros para uma possível reforma agrária, minifúndio e latifúndio, e uma nova unidade de terra, o módulo rural.

Ocorre que em verdade, o que deveria ser uma mudança positiva para combater os latifúndios improdutivos e distribuição de terra, moradia e renda, foi de fato uma blindagem contra a reforma agrária. Não saiu do campo legislativo as mudanças tão necessárias ao Brasil, problema que até hoje assola o país.

Em decorrência dessa grande concentração de terras na mão de poucos, a partir da década de 50 começa ocorrer o êxodo rural da população das áreas mais pobres do país para as grandes capitais, em busca de condições de vida melhor. Entretanto, esse fluxo do interior do país para as capitais, foi feito de forma desordenada, e a maioria da população que veio nessa situação de vulnerabilidade, não tinha condições de ter um imóvel, pagar um aluguel, de ter uma moradia digna. Daí surge a favelização das capitais, o crescimento sem controle de imóveis irregulares, em áreas ocupadas por invasões, sendo precário o saneamento e a moradia como um todo.

Nesse ínterim, o Brasil vive um aumento na desigualdade social em decorrência da economia, recessão que atravessou os anos 70 e 80, com níveis de inflação altíssimos. Apesar de alguns momentos de crescimento econômico do país, até hoje o sonho da casa própria não é realidade para muitos brasileiros.

A sistemática do bem de família tem uma grande inovação com o advento da lei 8.009 de 1990 e o Código Civil de 2002, como será estudado adiante.

2.4 DOS REGIMES DO BEM DE FAMÍLIA

Primeiramente, cumpre destacar que o regime do bem de família atual no Brasil, tem dois regimes distintos. O bem de família voluntário e o legal.

O bem de família convencional é aquele oriundo do Código Civil anterior, com algumas alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 1.711 até o artigo 1.722. Já o bem de família legal ou obrigatório é o disciplinado pela lei 8.009/90.

2.4.1 Do bem de família convencional

Antes de iniciar, importante estabelecer a natureza jurídica do bem de família. Como conceitua Caio Mário (2017, p. 718-719):

A instituição do bem de família é uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio.

Não se verifica uma transmissão (salvo constituição por terceiro), porque a coisa não sai da propriedade do pater familias, e não ocorre a criação de um condomínio, pela razão de nenhum dos membros do grupo familiar ter uma quota ideal do imóvel. Se se atentar para o fato de que com a morte dos cônjuges e a maioria dos filhos se opera, pleno iure, a sua extinção, da mesma forma que esta pode ser declarada a requerimento dos interessados, se o bem tiver deixado de preencher o requisito de sua destinação, concluir-se-á que não sofre a coisa, como objeto de relação jurídica, uma alteração essencial na sua natureza. É, e continua sendo objeto do direito de propriedade do instituidor, mas afetado a uma finalidade, sub conditione da utilização como domicílio dos membros da família.

De igual modo, Farias e Rosenvald (2017, p. 837) definem a natureza jurídica como:

Apesar de intensas discussões acerca da matéria, tem-se, hodiernamente, que a natureza jurídica do bem de família é de forma de afetação de bens a um destino especial, qual seja, assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar."

Isto é, protege-se o bem que abriga a família com o escopo de garantir a sua sobrevivência digna, reconhecida a necessidade de um mínimo existencial de patrimônio, para a realização da justiça social.

Resumidamente, a natureza jurídica do bem de família é de afetação de um patrimônio para destino especial, que é a moradia de uma família, no seu aspecto mais amplo como já dito acima, vide a Súmula 364 do STJ:

SÚMULA N. 364

O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Corte Especial, em 15.10.2008 DJe 3.11.2008, ed. 249

O bem de família convencional ou voluntário é firmado por ato de vontade dos cônjuges, bem como pela entidade familiar, respeitado todas as hipóteses já descritas sobre o conceito amplo de família.

A matéria é tratada nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil de 2002. Como é um ato voluntário, ele deve ser levado a registro no cartório de imóveis onde haja a matrícula da propriedade. Mediante escritura pública ou testamento. Assim, é necessário um ato solene e formal, conforme classificado pela doutrina civilista. Sem esse registro público, o ato é nulo e não poderá ser exercido contra terceiros, face a falta de publicidade do ato.

Assim dispõe o art. 1.711 e 1.712 sobre as regras para instituição de um bem de família convencional:

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Observa-se que por opção legislativa do da Lei 10.406/2002, estabeleceu-se um limite máximo de 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente dos bens ao tempo da instituição.

Uma vez instituída, a propriedade torna-se impenhorável e inalienável, protegendo também suas pertenças e acessórios.

Uma peculiaridade do bem de família convencional é que ele só será penhorável nas hipóteses do art. 1.715 do Código Civil, não se aplicando as exceções previstas na lei 8.009/1990. As hipóteses são:

Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da

dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz.

Não se extingue o bem de família com a dissolução da sociedade conjugal. Extingue-se com a morte de ambos os conjugues e a maioria dos filhos.

O estudo do presente trabalho será concentrado no bem de família legal, que será analisado abaixo.

2.4.2 Do bem de família legal

O bem de família legal foi criado a partir da lei 8.009/90, por meio de medida provisória nº 143/90, norma cogente que protege o núcleo familiar. A norma rege a questão do bem familiar e não a proteção do devedor. Não pode ser renunciada, exceto nas possibilidades previstas na referida lei.

Interessante notar que a lei teve sua aplicação mesmo para penhoras realizadas antes de sua vigência, conforme sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

SÚMULA N. 205
A Lei n. 8.009/1990 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência.

Como frisado acima, o bem de família legal é matéria de ordem pública, e, portanto, pode ser alegado a qualquer momento num processo judicial. Não há preclusão consumativa deste direito. Não é uma faculdade a proteção do bem de família, haja vista que o objetivo da lei é a proteção da moradia, independentemente da satisfação do crédito pelo devedor. Por isso a indisponibilidade e a incapacidade de renúncia deste direito (resguardadas as exceções legais). Ilustrando tal entendimento, transcreve-se abaixo julgado importante do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, Informativo nº 501:

PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. ALEGAÇÃO TARDIA E ÔNUS DA PROVA.

A impenhorabilidade do bem de família, por ser matéria de ordem pública, pode ser arguida a qualquer tempo antes da arrematação do imóvel. Caso comprovada a má-fé do devedor em fazer a alegação tardia, resolve-se na redistribuição dos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 22 do CPC. Para rebater o questionamento acerca da impossibilidade da alegação da impenhorabilidade do bem de família apenas na apelação, pois a matéria estaria preclusa, o Min. Relator fez distinção entre duas hipóteses. Na primeira, o assunto já foi alegado e decidido no processo, situação na qual há preclusão da matéria (art. 473 do CPC). Na segunda, a alegação é feita tardiamente, após a defesa de mérito do devedor. Nesse caso, por ser matéria de ordem pública, a impenhorabilidade do bem de família poderá ser conhecida a qualquer tempo antes da arrematação do imóvel. A depender da situação do caso concreto, comprovada a má-fé do devedor e conduta voltada para o prolongamento da lide, poderá haver redistribuição dos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 22 do CPC. Outra questão debatida no recurso foi o ônus da prova sobre a impenhorabilidade do bem de família. O Min. Relator afirmou que a regra do art.

333 do CPC é voltada para os casos nos quais o magistrado não está plenamente convencido sobre as alegações das partes, ou seja, somente há necessidade de a solução do litígio se apoiar no ônus da prova quando não houver provas dos fatos ou quando essas se mostrarem insuficientes a que o julgador externe com segurança a solução que se lhe afigure a mais acertada. No caso, o Tribunal decidiu sobre a impenhorabilidade do bem de família com base nas provas já constantes nos autos, razão pela qual não se mostra relevante a discussão sobre o ônus da prova no caso concreto. Apreciando esses e outros assuntos, a Turma conheceu parcialmente do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento. Precedentes citados: REsp 976.566-RS, DJ 5/4/2010; REsp 467.246-RS, DJ 12/8/2003; REsp 262.654-RS, DJ 20/11/2000; REsp 282.354-MG, DJ 19/3/2001, e AgRg no Ag 927.913-RJ, DJ 17/12/2007. **REsp 981.532-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/8/2012.**

A definição do bem de família legal se encontra no artigo 1º da Lei 8.009/90:

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

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

Nota-se que não é necessário o ato formal e solene exigido ao bem de família convencional. Não precisa haver averbação no Registro de Imóveis referente ao bem de família legal. E como já estudado em tópico anterior, a Súmula 364 do STJ abarca as outras hipóteses de família.

A lei 8.009/90 foi pauta de uma grande produção jurisprudencial nos tribunais superiores, haja vista a importância da matéria, tocando tema tão sensível como a moradia. Dentre outras decisões e entendimentos sumulados, decidiu-se pela impenhorabilidade do bem de família residencial alugado, desde que a renda obtida com a locação seja destinada a subsistência ou moradia da família, vejamos:

SÚMULA N. 486 STJ

É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família

O entendimento acima foi ampliado posteriormente pelo mesmo tribunal quanto à proteção ao imóvel comercial do devedor que estivesse alugado, conforme Informativo 591 do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE DE IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL COMERCIAL.

É impenhorável o único imóvel comercial do devedor quando o aluguel daquele está destinado unicamente ao pagamento de locação residencial por sua entidade familiar. Inicialmente, registre-se que o STJ pacificou a orientação de que não descaracteriza automaticamente o instituto do bem de família, previsto na Lei n. 8.009/1990, a constatação de que o grupo familiar não reside no único imóvel de sua propriedade (AgRg no REsp 404.742-RS, Segunda Turma, DJe 19/12/2008; e AgRg no REsp 1.018.814-SP, Segunda Turma, DJe 28/11/2008). A Segunda Turma também possui entendimento de que o aluguel do único imóvel do casal não o desconfigura como bem de família (REsp 855.543-DF, Segunda Turma, DJ 3/10/2006). Ainda sobre o tema, há entendimento acerca da impossibilidade de penhora de dinheiro aplicado em poupança, por se verificar sua vinculação ao financiamento para aquisição de imóvel residencial (REsp 707.623-RS, Segunda Turma, DJe 24/9/2009). **REsp 1.616.475-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 15/9/2016, DJe 11/10/2016.**

Em linhas gerais, o bem de família legal é mais amplo em sua proteção, se estende a todos as concepções de núcleo familiar, buscando a preservação da residência como um direito fundamental. Não há a formalidade e a necessidade de prévia instituição do bem de família como o convencional para ter um imóvel que é objeto da moradia familiar ser protegido.

Atualmente, vemos a ampliação conceitual da proteção do objeto da lei 8.0009/90. Para estar em consonância com os princípios estruturantes e fundamentais da Constituição Federal como a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, fez-se necessário uma proteção mais alargada a fim de proteger o núcleo familiar e uma vida minimamente digna, onde objetos que guarnecem a casa também precisam de proteção. Móveis, eletrodomésticos, fazem parte que elementos essenciais para o dia a dia de um indivíduo. Por tal motivo, também devem ser considerados impenhoráveis pela Lei 8.009/90. Como ensina Farias e Rosenvald (2017, p. 844):

No que concerne ao alcance da expressão adornos suntuosos, não é demais realçar o entendimento pelo qual são impenhoráveis não apenas os bens indispensáveis à moradia, mas, igualmente, aqueles que usualmente integram uma residência. Abraçando esse entendimento, já teve oportunidade a jurisprudência de asseverar: “Ao interpretar a Lei n' 8.009, de 1990, no que concerne à impenhorabilidade do bem de família, este Tribunal, tendo em vista o objetivo maior, qual seja, de proteger bens patrimoniais familiares essenciais à habitabilidade condigna, ampliou o alcance dos objetos excluídos da penhora, incluindo a geladeira, a televisão e outros aparelhos. Na mesma trilha de compreensão, evidentemente não haveria de se excluir a máquina de lavar roupa, bem indispensável hodiernamente ao guarnecimento da casa, não devendo escapar da proteção da impenhorabilidade, tomada esta no verdadeiro sentido social pretendido pelo legislador” (STJ, Ac. 1' T., REsp. 14.116-0/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 18.9.97, DJU 20.10.97).

E continua:

Firme nesse sentido, a jurisprudência pátria já teve oportunidade de dar aval à impenhorabilidade, além da televisão e da geladeira acima citadas, aos

eletrodomésticos, ao aparelho de som, ao forno de micro-ondas, ao freezer, ao exaustor de fogão, ao ar-condicionado, ao computador e à máquina de lavar roupas, entendendo-os como essenciais à dignidade humana no mundo moderno. Irretocável, pois, a posição jurisprudencial em compreender elasticamente os objetos necessários à dignidade humana na contemporaneidade, de modo a adequar a vida humana aos novos contornos e exigências sociais. Com esse espírito ampliativo, inclusive, há de se reconhecer, também, a impenhorabilidade do computador para fins domésticos, cuja utilização na pós-modernidade tornou-se de tal modo habitual e necessária que permite afastar o caráter de suntuosidade."

Importante destacar que o bem de família legal há a impenhorabilidade, mas não há inalienabilidade como no bem de família convencional. Como ele não foi instituído voluntariamente, seria um contrassenso impedir a venda de um imóvel sem cláusula ou registro nenhum do imóvel.

2.4.3 O artigo 3º da Lei 8.009/90 – Exceções à impenhorabilidade

Tão importante quanto conceituar e delimitar o instituto do bem de família legal na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira, é falar das exceções à impenhorabilidade presente na lei 8.009/90.

Este o ponto central do presente trabalho, analisar conceitualmente as hipóteses de penhora do bem de família, a forma como ocorre e o porquê há grande celeuma doutrinária e jurisprudencial referente a alguns tópicos, notadamente, a possibilidade de penhora do bem de imóvel do fiador em contrato de locação.

Preliminarmente, a lei do bem de família legal dispõe sobre as exceções da seguinte forma:

- Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, **salvo se movido**:
- I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)
 - II - 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;
 - III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015)
 - IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
 - V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
 - VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.
 - VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.** (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991) **(grifos nosso)**

Antes de uma análise mais aprofundada sobre cada um dos incisos acima, importa notar que todas as exceções à impenhorabilidade do bem de família legal tem que ser interpretadas restritivamente, justamente por se tratar de uma proteção jurídica abarcada pelos princípios estruturantes da Constituição Federal de 1988, a exemplo da dignidade da pessoa humana e o direito social à moradia. Nessa linha de pensamento, colaciona-se julgado importante sobre o tema da interpretação restritiva de possibilidades de penhora do bem de família disposto na lei nº 8009/90:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA ACEITA. CAUSA DEBENDI. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7.

IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DADO EM HIPOTECA PARA GARANTIR DÍVIDA DE TERCEIRO. NÃO APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, INCISO V, DA LEI N. 8.009/90.

(...)

2. O caráter protetivo da Lei n. 8.009/90 impõe sejam as exceções nela estabelecidas interpretadas restritivamente. Nesse sentido, a exceção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei 8.009/90 abarca somente a hipoteca constituída como garantia de dívida própria do casal ou da família, não alcançando aquela que tenha sido constituída em garantia de dívida de terceiro.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 997.261/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 26/04/2012)

IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. (Informativo 493 do STJ)

A exceção prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1991, que deve ser interpretada restritivamente, somente atinge os bens que foram dados em garantia de dívidas contraídas em benefício da própria família. No caso, a hipoteca foi constituída em garantia de dívida de terceiro, o que não afasta a proteção dada ao imóvel pela lei que rege os bens de família. Precedentes citados: REsp 268.690-SP, DJ 12/3/2001; REsp 1.022.735-RS, DJe 18/2/2010, e AgRg no AgRg no Ag 1.094.203-SP, DJe 10/5/2011.

REsp 997.261-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/3/2012.

Com a revogação do inciso I, atualmente há 06 (seis) hipóteses de penhorabilidade do bem de família decorrente de lei, conforme será estudado abaixo:

a) Pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel

Essa exceção se justifica segundo Tartuce (2017, p. 375), pelo fato de a dívida ter origem na própria existência da coisa.

Observa-se que os créditos contraídos por financiamento para reforma da casa não são suscetíveis de penhorabilidade do bem de família.

b) Pelo credor de pensão alimentícia

Não haverá impenhorabilidade nos casos em que o proprietário seja devedor de alimentos, sejam eles decorrentes de vínculo familiar ou por responsabilidade civil, na obrigação de reparar os danos, conforme o art. 948, II, do Código Civil. Resguardam-se os direitos sobre o bem do coproprietário em que não haja obrigação de responder pela dívida, só podendo haver penhora sobre a cota-parte do devedor com quem o coproprietário tem união estável ou casamento.

Colaciona-se aqui um julgado interessante sobre o tema, publicado no informativo 503 do STJ:

PENSÃO ALIMENTÍCIA. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA.

A pensão alimentícia é prevista no art. 3º, III, da Lei n. 8.009/1990 como hipótese de exceção à impenhorabilidade do bem de família. E tal dispositivo não faz qualquer distinção quanto à causa dos alimentos, se decorrentes de vínculo familiar ou de obrigação de reparar danos. Na espécie, foi imposta pensão alimentícia em razão da prática de ato ilícito - acidente de trânsito -, ensejando-se o reconhecimento de que a impenhorabilidade do bem de família não é oponível à credora da pensão alimentícia. Precedentes citados: EREsp 679.456-SP, DJe 16/6/2011, e REsp 437.144-RS, DJ 10/11/2003. **REsp 1.186.225-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 4/9/2012.**

c) Para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar

A questão que foi muito discutida na doutrina e jurisprudência era a respeito das cotas condominiais, se elas ensejariam a penhorabilidade do bem de família também, haja vista que ela não está prevista literalmente no inciso IV do artigo 3º, e como já foi dito acima, as exceções à impenhorabilidade tem que ser interpretadas restritivamente.

No entanto, em julgados nos tribunais superiores se entendeu que as dívidas provenientes do condomínio, tratam-se de obrigações *propter rem*, e, portanto, não poderia ser afastada, pois pode ser enquadrada como uma das contribuições devidas em função do imóvel familiar. Entendeu o Superior Tribunal Federal que não houve interpretação extensiva da lei para a penhora do imóvel nesses casos, mas sim uma interpretação declarativa, conforme se extrai do julgado presente no informativo n. 455 do STF:

Bem de Família: Despesas Condominiais e Penhorabilidade

A Turma negou provimento a recurso extraordinário em que se sustentava ofensa aos artigos 5º, XXVI, e 6º, ambos da CF, sob a alegação de que a penhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, IV, da Lei 8.009/90 não compreenderia as despesas condominiais ("Art. 3º: A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:... IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;"). Entendeu-se que, no caso, não haveria que se falar em impenhorabilidade do imóvel, uma vez que o pagamento

de contribuição condominial (obrigação propter rem) é essencial à conservação da propriedade, isto é, à garantia da subsistência individual e familiar - dignidade da pessoa humana. Asseverou-se que a relação condominial tem natureza tipicamente de uma relação de comunhão de escopo, na qual os interesses dos contratantes são paralelos e existe identidade de objetivos, em contraposição à de intercâmbio, em que cada parte tem por fim seus próprios interesses, caracterizando-se pelo vínculo sinalagmático. RE 439003/SP, rel. Eros Grau, 6.2.2007. (RE-439003)

d) Para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar

Destaca-se nessa possibilidade de penhora do imóvel oferecido como garantia real, a interpretação restritiva que a jurisprudência vem fazendo a fim de garantir o direito à moradia e o respeito ao mínimo patrimonial. Entende-se que somente haverá a penhora dos bens que foram dados em garantia de dívidas contraídas em benefício da própria família, não abrangendo bens dados em garantia de terceiros. É o que se extrai do Informativo n. 496 do Superior Tribunal de Justiça:

IMPENHORABILIDADE. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL.

Cinge-se a controvérsia à análise da ocorrência da renúncia tácita à impenhorabilidade de pequena propriedade rural familiar dada em garantia pelo recorrido, em acordo extrajudicial posteriormente homologado judicialmente, o qual nele figura como garantidor solidário de obrigação de terceiro. Na espécie, a recorrente alega que a garantia oferecida pelo recorrido equipara-se à garantia real hipotecária, prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1990. Contudo, o Min. Relator salientou que a ressalva prevista nesse dispositivo legal não alcança a hipótese dos autos, limitando-se, unicamente, à execução hipotecária, não podendo tal benefício (o da impenhorabilidade) ser afastado para a execução de outras dívidas. Assim, salvo as situações compreendidas nos incisos I a VII do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, descabe a penhora de imóvel ou a sua oferta em garantia. Além do mais, o bem é uma pequena propriedade rural, cuja impenhorabilidade encontra-se garantida constitucionalmente (art. 5º, XXVI, da CF). De modo que, a exceção à impenhorabilidade do bem de família previsto em lei ordinária não pode afetar direito reconhecido pela Constituição, nem pode ser afastada por renúncia, por tratar-se de princípio de ordem pública que visa à proteção da entidade familiar. Precedentes citados: REsp 470.935-RS, DJ 1º/3/2004, e REsp 526.460-RS, DJ 18/10/2004. REsp 1.115.265-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 24/4/2012.

Oportuno dizer que a penhora poderá incidir sobre o bem de família dado em hipoteca, mesmo que está não tenha sido levado a registro no respectivo cartório de Registro de Imóveis, pois ela continua sendo válida interpartes, como já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA IMÓVEL DADO EM HIPOTECA NÃO REGISTRADA.

A ausência de registro da hipoteca em cartório de registro de imóveis não afasta a exceção à regra de impenhorabilidade prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1990, a qual autoriza a penhora de bem de família dado em garantia hipotecária na hipótese de dívida constituída em favor de entidade familiar. A hipoteca é um direito real de garantia (art. 1.225, IX, do CC) incidente, em regra, sobre bens imóveis e que dá ao credor o poder de excutir o bem, alienando-o judicialmente e dando-lhe primazia sobre o produto da arrematação para satisfazer sua dívida. Por um lado, a constituição da hipoteca pode dar-se por meio de contrato (convencional), pela lei (legal) ou por sentença (judicial) e, desde então, já tem validade inter partes como um direito pessoal. Por outro lado, nos termos do art. 1.227 do CC, só se dá a constituição de um direito real após a sua inscrição no cartório de registro de imóveis da circunscrição imobiliária competente. Assim é que essa inscrição confere à hipoteca a eficácia de direito real oponível erga omnes. Nesse sentido, há entendimento doutrinário de acordo com o qual "Somente com o registro da hipoteca nasce o direito real. Antes dessa providência o aludido gravame não passará de um crédito pessoal, por subsistente apenas inter partes; depois do registro, vale erga omnes". Se a ausência de registro da hipoteca não a torna inexistente, mas apenas válida inter partes como crédito pessoal, a ausência de registro da hipoteca não afasta a exceção à regra de impenhorabilidade prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1990. REsp 1.455.554-RN, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 14/6/2016, DJe 16/6/2016.

e) Por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Esse inciso trata da *ação civil ex delicto*, que consiste no procedimento judicial voltado para recomposição do dano civil causado pelo crime, seja o objeto a restituição, ressarcimento, reparação ou indenização do dano, seja material ou à moral e a personalidade (PACELLI, 2013, p. 181-183).

Frise-se que há uma relação de prejudicialidade relativa entre o juízo criminal e o juízo cível, quando houver alguma das hipóteses da lei como negativa de autoria ou inexistência de materialidade, conforme trata o Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

(...)

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

(...)

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Dessa forma, entende-se que é possível a penhora do bem de família, se a sentença absolutória do réu não for quanto à negativa de autoria ou inexistência material do fato. É como julgou o Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões (Informativo n. 575):

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA.

Na execução civil movida pela vítima, não é oponível a impenhorabilidade do bem de família adquirido com o produto do crime, ainda que a punibilidade do acusado tenha sido extinta em razão do cumprimento das condições estipuladas para a suspensão condicional do processo. De acordo com o art. 3º da Lei n. 8.009/1990, "A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens". Especificamente acerca da exceção mencionada (inciso VI), infere-se que o legislador, entre a preservação da moradia do devedor e o dever de reparação dos danos oriundos de conduta criminoso, optou por privilegiar o ofendido em detrimento do infrator, afastando a impenhorabilidade do bem de família. Percebe-se que o legislador especificou duas hipóteses distintas de exceção à impenhorabilidade no mencionado inciso VI, quais sejam: a) bem adquirido com produto de crime; b) para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Com efeito, à incidência da norma inserta no inciso VI do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, isto é, da exceção à impenhorabilidade do bem de família em virtude de ter sido adquirido com o produto de crime, forçoso reconhecer a dispensa de condenação criminal transitada em julgado, porquanto inexistente determinação legal neste sentido. Afinal, caso fosse a intenção do legislador exigir sentença penal condenatória para a exceção prevista na primeira parte do inciso VI, teria assim feito expressamente, como o fez com a segunda parte do referido dispositivo. Logo, não havendo determinação expressa na lei no sentido de que a exceção (bem adquirido com produto de crime) exija a existência de sentença penal condenatória, temerário seria adotar outra interpretação, sob pena de malograr o propósito expressamente almejado pela norma, direcionado a não estimular a prática ou reiteração de ilícitos. Assim, o cometimento de crime e o fato de o imóvel ter sido adquirido com seus proveitos é suficiente para afastar a impenhorabilidade do bem de família. Na hipótese, a conduta ilícita praticada consubstancia-se no cometimento de crime, tanto que fora oferecida e recebida denúncia, bem assim ofertada proposta de suspensão condicional do processo, cujo pressuposto para sua concessão é a prática de crime em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano (art. 89, caput, Lei n. 9.099/1995). REsp 1.091.236-RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 15/12/2015, DJe 1º/2/2016.

f) Por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação

A grande controvérsia da matéria em relação à exceção à impenhorabilidade do bem de família está na previsão do inciso VII. O inciso em comento foi incluído pela lei nº 8.245/1991, após lobby do mercado imobiliário, e vem até hoje, sendo aplicada. É dominante na doutrina e na jurisprudência, que é possível a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação. Tal entendimento, já foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como pelo Supremo Tribunal Federal. Foi editada a Súmula n. 549 do STJ, com o seguinte enunciado "É válida a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação".

Independente da posição firme dos tribunais superiores quanto à matéria, há vozes dissonantes em boa parte da doutrina e em alguns julgados. Muito se questiona se o inciso VII é inconstitucional diante do princípio da dignidade humana e do direito social à moradia.

Como a temática aqui disposta é o objetivo principal do trabalho, reserva-se maior análise do problema em capítulo próprio, destinado ao estudo da constitucionalidade da penhora e dos fundamentos contra e a favor de uma ou outra posição acerca do tema.

Por fim, custa salientar que essas exceções previstas no art. 3º da Lei 8.009/90, referem-se ao bem de família legal, já que a sistemática do bem de família convencional ou voluntário, já foi estudado acima e é regido pelo Código Civil.

A par de todas as exceções previstas no art. 3º, existem ainda exceções gerais à impenhorabilidade, conforme dispõe o artigo 4º e 5º da lei 8.009/90:

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

Conclui-se assim o estudo legislativo do instituto do bem de família, para adentrar nos conceitos de Fiança e Locação para o entendimento da matéria de forma ampla.

3. DA FIANÇA E DO CONTRATO DE LOCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A proteção ao bem de família e a questão da (im)penhorabilidade deste bem devem ser analisados a partir da ótica do direito das obrigações e a possibilidade das partes celebrarem livremente acordos. Neste tipo de análise deve-se observar que constituem características do direito das obrigações as questões envolvendo o patrimônio e o surgimento da figura do credor e do devedor.

É importante lembrar que a relação devedor-credor é pessoal, embora a matéria discutida no direito obrigacional seja uma situação patrimonial. Sendo assim, inicialmente, não se pode falar que em uma obrigação contraída pelo sujeito A em face de B, possa ser cobrada a uma terceira pessoa (sujeito C), visto a inexistência do requisito da pessoalidade e livre manifestação da vontade da parte (sujeito C) em celebrar um acordo e, assim, contrair uma obrigação.

A teor do que dispõe Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 4), observa-se que:

O direito das obrigações tem por objeto direitos de natureza pessoal, que resultam de um vínculo jurídico estabelecido entre o credor, como sujeito ativo, e o devedor, na posição de sujeito passivo, liame este que confere ao primeiro o poder de exigir do último uma prestação.

Conforme dito pelo jurista, a relação obrigacional pressupõe a existência de no mínimo 02 (duas partes): sujeito ativo (credor) e passivo (devedor), sendo estabelecida, entre essas pessoas, uma relação onde o primeiro pode exigir do segundo uma prestação (obrigação de dar, fazer ou não fazer), ou seja, a quitação do que foi pactuado.

A figura do fiador, neste caso, assume o papel do “sujeito C”, contudo, poderá a relação estabelecida entre A e B atingir C, se este último concordar em assumir o pagamento da obrigação, de maneira expressa, no caso de insolvência do devedor.

É cediço, também, que a celebração contratual caracteriza-se pela existência de (a) sujeitos, com autonomia e livre vontade para celebrar acordos; (b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável, passível de valoração econômica; e (c) vínculo jurídico-obrigacional (elo entre o credor e o devedor).

Sendo assim, pode-se dizer que nos contratos de locação onde existam cláusula de fiança, tem-se a ideia de uma relação obrigacional com todas as características acima descritas satisfeitas, onde a inadimplência do sujeito passivo principal, pode acarretar impactos no patrimônio do sujeito passivo secundário. E, neste sentido, o fiador não deve ser visto como um sujeito C (ou seja, estranho à relação obrigacional), mas sim como um co-devedor que ao aceitar ser fiador do devedor principal, assume, com estes, obrigações quanto ao adimplemento do contrato.

Ao se celebrar um contrato de locação, muitas vezes, as questões atinentes à forma de pagamento e adimplemento da obrigação constituem fatores primordiais à celebração deste negócio jurídico específico. Assim, a teor do que dispõe o autor Nelson Rosenvald (2007, p. 68), tem-se que:

A obrigação tem sido concebida pela estruturalmente pela maior parte dos autores contemporâneos como um direito do credor a um comportamento do devedor, ou seja, como um direito à prestação de dar, fazer ou não fazer.

Nesta seara, ao se estabelecer uma cláusula de fiança, em um contrato de locação, vê-se a importância das obrigações que ali estão sendo firmadas. Tais obrigações constituem, segundo o autor, direitos que acompanham as partes até o seu adimplemento/pagamento e a extinção total das obrigações. Por esse motivo, vê-se a necessidade de maiores comentários a respeito das características da fiança e do próprio contrato de locação, conforme disposto, a seguir.

3.1 DO CONCEITO E ORIGEM DA FIANÇA E A LEGISLAÇÃO ATUAL

O dia a dia das pessoas é galgado de situações que envolvem tanto a temática da fiança quanto aquelas pertinentes aos contratos de locação. Tais situações estão ligadas à rotina de cada um, bem como, ao poder aquisitivo da população, dívidas, situação social entre outros fatores. Fala-se isso, pois o apelo midiático-social estabelece padrões de vida, fazendo com que as necessidades das pessoas, em caráter de urgência, sejam possuir um emprego ou uma renda, expor um status social de aparências e conseguir meios de adquirir bens (móveis ou imóveis).

Ocorre que, muitas vezes, conseguir essa visibilidade social é tarefa difícil e, para se alcançar o status almejado e atender às expectativas da sociedade, as pessoas são obrigadas a firmar acordos que não podem cumprir. Ou ainda, em que pese muitas dessas pessoas possuam patrimônio para solver os negócios jurídicos firmados, acabam por não conseguir, tornando-se insolventes com as obrigações, seja por conta de um mal planejamento financeiro ou por questões de força maior.

Prevendo a ocorrência da inadimplência, por parte do devedor principal, é que o instituto do contrato de fiança cresce e toma forma no ordenamento jurídico. Nessas situações, percebe-se que a fiança foi criada, justamente, tentando não privar o devedor principal da celebrar um acordo, mas também, visando garantir que o credor possa receber o pagamento da prestação que lhe assiste o direito.

A fiança, como um instituto jurídico, caracteriza-se por ser um contrato por meio do qual um terceiro aceita a obrigação de adimplir um pacto firmado entre credor e devedor, caso o devedor principal não possua patrimônio para fazê-lo. Esse terceiro, faz as vezes de um co-devedor e apenas atua no pacto firmado se o devedor principal não puder cumprir com o acordo pactuado. Neste caso, o fiador poderá utilizar contra o devedor o direito de regresso, para reaver o patrimônio perdido.

Com origem no latim (*fidere*), o termo “fiança” decorre do substantivo “fiador”, que significa “confiar” + “dor”. Ou seja, é o ato de confiar a alguém uma responsabilidade que outrem deveria ter ou cumprir, mas não conseguiu (GUIMARÃES, 2009, p. 121).

O tipo de responsabilidade trazida no contrato de fiança se refere a questões de cunho patrimonial e que podem ser valoradas economicamente. Válido ressaltar, também, que o fiador não pode ser obrigado a assumir o adimplemento de débitos superiores ao que foi pactuado pelo devedor principal, sob pena de se configurar enriquecimento ilícito e ofensa à dignidade da pessoa humana, na medida em que pessoas em uma mesma relação contratual estão sendo tratadas de maneira distinta umas das outras.

3.1.1 O fiador e a natureza jurídica de sua obrigação

Estabelecida a origem e características do contrato de fiança frente ao ordenamento jurídico brasileiro, é necessário entender qual a natureza jurídica desse pacto firmado e as implicações das obrigações para a figura do fiador.

Sendo assim, primeiramente, destaca-se como natureza jurídica deste tipo de contrato, a acessoriedade. Ou seja, o contrato de fiança possui natureza de um contrato acessório, na medida em que a sua existência está vinculada à existência de um contrato principal. Dispõe Gonçalves (2009, p. 83) que “a função predominante dos contratos acessórios é garantir o cumprimento de obrigações contraídas em contrato principal (...)”.

Segundo, a fiança compartilha com a acessoriedade, a natureza jurídica da subsidiariedade. Entende-se, portanto, que por ser um contrato de aplicação subsidiária, o fiador somente será invocado a atuar em uma relação obrigacional, se o devedor principal não puder cumprir a sua parte no contrato, perante o credor. Significa dizer, portanto, que não pode o credor cobrar diretamente do fiador o adimplemento da obrigação, se o devedor principal tiver meios e recursos para cumprir a sua parte na relação jurídico-obrigacional.

Por fim, observa-se que se trata de um contrato unilateral, na medida em que as obrigações geradas, quando invocadas, recaem apenas na figura de uma única pessoa: o fiador. Sendo assim, quando o devedor torna-se inadimplente, o credor pode cobrar do fiador o pagamento da obrigação, sem que este faça as vezes de devedor principal e adquira o direito de receber algo do credor.

3.1.2 A fiança no ordenamento jurídico - Código Civil

O Código Civil Brasileiro é o instituto pátrio que melhor trata as questões envolvendo a aplicação da fiança ao direito contratual e ao direito das obrigações, elencando um capítulo especial para dispor apenas sobre as questões atinentes ao tema. Sendo assim, vê-se no artigo 818, do referido instrumento que: “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

O mesmo entendimento já discutido no presente trabalho é apenas ratificado pelo legislador pátrio que traz o contrato de fiança como um instrumento que visa garantir a solvência de uma obrigação. A solvência que antes deveria ser dada pelo devedor principal, acaba sendo transferida para a figura do fiador e concretizada por este, que assume as vezes de co-devedor,

Corroborando com o tema e apenas ratificando o que dispõe a legislação, pode-se dizer que:

Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. Dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva. Pode-se estipular fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade. (ASSIS NETO; DE JESUS; DE MELO, 2016, p. 1225)

Trata-se, portanto, do resumo de alguns artigos trazidos pelo legislador infraconstitucional (artigos 818 ao 820, do Código Civil), onde é possível perceber algumas características do contrato de fiança, tais como: a necessidade do contrato ser escrito, não admitir interpretações que ultrapassem os termos daquilo que foi pactuado e poder ser estipulado a qualquer tempo, mesmo sem a concordância ou vontade do devedor principal.

3.2 O FIADOR EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE BEM IMÓVEL RESIDENCIAL E A CLÁUSULA DE REVOGAÇÃO AO BENEFÍCIO DE ORDEM

O contrato de locação é um acordo por meio do qual o sujeito ativo, também denominado locador, disponibiliza ao sujeito passivo, denominado locatário, bem móvel ou imóvel para uso e gozo, dentro de um período determinado de tempo, sob a condição de pagamento de uma contribuição, que normalmente é em pecuniária.

Trata-se de contrato bilateral (pois traz obrigações tanto para credor quanto para devedor); oneroso (requer o pagamento de uma remuneração), firmado de maneira consensual entre as partes; comutativo (traz prestações certas e obrigatórias) e não solene (sem forma defesa ou prescrita em lei). Cabe lembrar, também, que os contratos de locação permanecem sendo executados no tempo, independente da remuneração que o devedor venha dar ao credor, visto se tratar de um contrato de trato sucessivo (ou seja, de execução contínua no tempo).

O Código Civil destina capítulo específico para tratar sobre a locação de bens, como por exemplo, locação de roupas, maquinário e bens móveis em geral, trazendo no bojo dos seus artigos, os direitos e obrigações de locador e locatário. Contudo, visando reger tipos específicos de locação, a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato), trata exclusivamente da locação de bens imóveis urbanos (residenciais ou comerciais), merecendo, no presente trabalho, maior atenção.

Segundo a Lei do Inquilinato, a locação de imóveis/prédios residenciais e comerciais, urbanos, devem ser regidos por esta lei específica, conforme as regras nela dispostas. A saber, a referida lei elenca diversos elementos que devem ser observados no contrato de locação, como: estipulação de prazos específicos, regras para que o contrato seja firmado, medidas para o desfazimento da obrigação, entre outras coisas.

Merece destaque, contudo, a possibilidade das partes estabelecerem uma cláusula de garantia da solvência do contrato, sendo uma dessas garantias a fiança. Neste caso, o artigo 37, inciso II, apresenta a seguinte redação: “No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: (...) II – Fiança”.

Ao se falar da fiança no contrato de locação, as mesmas características observadas no presente trabalho, se mantêm preservadas. A saber: o fiador, no contrato de locação, será aquele que quitará a obrigação firmada pelo locatário, caso este não consiga cumprir com a sua parte na remuneração do pacto firmado, não podendo o locador sair prejudicado sem esta contraprestação. Desta forma, uma vez que haja cláusula de fiança e que seja estabelecido um fiador para adimplir o contrato, este fará as vezes de co-devedor, devendo oferecer o pagamento do negócio jurídico firmado, nos casos de mora do sujeito passivo principal.

A Lei do inquilinato inovou ao dispor sobre a previsibilidade da inclusão da “(...) obrigação decorrente de fiança em contrato de locação” (art. 82, da Lei 8.245/1991) ao rol de exceções à penhorabilidade do bem de família, disposta junto ao artigo 3º, da Lei nº 8.009, de 29 março de 1990. Diante dessa inclusão junto à lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, o bem de família do fiador passou a poder ser penhorado nos casos de insolvência do devedor. Senão, veja-se:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Com o acréscimo da referida exceção significa dizer que, embora o bem de família do devedor principal (o locatário) não possa ser atingido no caso de inadimplemento do contrato e execução do acordo firmado, poderá, em contrapartida, o bem de família do fiador ser atingido e sofrer os efeitos da penhora. Tal discussão constitui a problematização do presente trabalho de conclusão de curso e será melhor discutida no capítulo seguinte.

Cabe ressaltar, todavia, as questões atinentes ao benefício de ordem. Ou seja, aquelas pertinentes às excussões de utilização do bem do fiador para solver um débito, se o devedor principal possuir meios para adimplir o negócio jurídico firmado. Trata-se portanto de um dos efeitos da fiança destacados no artigo 827 do Código Civil, a saber:

Art. 827, do CC - O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem o direito de exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembaraçados, quantos bastem para solver o débito.

Percebe-se, nestes casos, que o legislador infraconstitucional quis dar ao fiador a opção de não ter os seus bens primeiro atingidos, por conta da inadimplência do devedor principal. O benefício de ordem, contudo, deve ser invocado pelo fiador no momento oportuno, indicado na lei, devendo, inclusive, haver cláusula no contrato que traga a previsão de primeiro se atingir os bens do sujeito passivo principal, sob pena da invocação futura do benefício, não ser válida.

Válido ressaltar que a fiança, por si só, é um contrato acessório que só pode ser executado nos casos em que o contrato principal não for cumprido. Da mesma forma, o benefício de ordem confere ao fiador a qualidade de devedor subsidiário, ou seja, qualidade de devedor se somente poderá ser atingido se o devedor principal não possuir meios de solver o débito.

A característica da subsidiariedade, em verdade, diz respeito apenas às obrigações patrimoniais do fiador, em quitar o débito perante o credor, quando o sujeito passivo principal assim não o faz. Contudo, caso o fiador renuncie ao benefício ou não o invoque no momento corretor, haverá a chamada responsabilidade solidária, ou seja:

Na prática são raros os casos em que o devedor pode invocar tal benefício, tendo em vista que se difundiu a praxe de o credor exigir que o fiador se obrigue como principal pagador, vindo mesmo expressa nos contratos de locação, por exemplo, cláusula desse teor. Obrigando-se como principal pagador, o fiador torna-se solidário do devedor principal e o credor pode exigir dele, desde logo, o pagamento da dívida. (GONÇALVES, 2009, p. 538).

Vê-se, portanto, que a prática dos contratos é a previsibilidade do fiador como devedor solidário havendo, portanto, renúncia ao benefício de ordem, o que torna mais fácil a invocação da escusa prevista na Lei dos bens de família (Lei nº 8.009/1990) que aceita a penhorabilidade do bem de família do fiador mas exclui e protege a penhora do bem de família do devedor principal.

Pode-se encontrar a previsão da responsabilidade solidária do fiador junto ao artigo 828, inciso II, do Código Civil, que traz como umas das exceções ao benefício de ordem os casos em que o fiador se obriga, na relação contratual, como devedor principal ou solidário. Há de se observar, neste caso, um tratamento desigual destinado ao devedor principal e co-devedor (fiador), pois ambos participam da mesma relação jurídico-obrigacional, contudo, a lei confere a este um rigor jurídico que é dispensado ao verdadeiro devedor.

4. A IN(CONSTITUCIONALIDADE) DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR POR OBRIGAÇÃO EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

Inicialmente, como já explanado em capítulos anteriores, o presente trabalho tem como recorte de estudo mais aprofundado, a exceção prevista no art. 3º, inciso VII da Lei do Bem de Família (Lei 8.009/90), que dispõe sobre a possibilidade de penhora do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

O conceito de bem de família segundo a lei 8.009/90, é o imóvel de residência, a moradia do núcleo familiar. Sob a égide da nova ordem constitucional trazida pela Constituição Cidadã de 1988, traz-se um novo estudo das relações jurídicas privadas, agora constitucionalizadas e horizontais em relação aos direitos fundamentais, colocando a pessoa como centro das relações jurídicas, diminuindo-se apenas o enfoque patrimonial do direito civil.

Diante desse novo paradigma instalado, o instituto do bem de família vem sendo um importante instrumento de promoção ao direito social à moradia, bem como de uma vida digna com o mínimo existencial.

A regra geral é que o bem de família é impenhorável, não podendo sacrificar o lar familiar em detrimento da satisfação de um crédito oriundo de uma obrigação civil.

Ocorre que como pontuado anteriormente, existem as exceções à impenhorabilidade do bem de família. Em sua totalidade, há nelas um sentido lógico e jurídico de estarem presentes como exceção. No entanto, na doutrina e jurisprudência brasileira, há uma forte divergência quanto ao tópico a ser estudado a frente, muito se argumenta se a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação é constitucional ou não. Diante de tantos questionamentos, busca-se respostas e explicações para a questão posta.

4.1 O PANORAMA ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA E A SÚMULA 549 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O ponto de partida para entender a problemática instalada com a edição da lei de locação e a inclusão da referida exceção à impenhorabilidade, pode ser analisada sob diversos enfoques, mas, opta-se aqui em começar o enfrentamento pela jurisprudência dos tribunais superiores, para depois compará-lo com os estudos doutrinários, bem como a legislação infra e constitucional que rege a matéria.

Antes de o entendimento atual ser sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, confirmando a penhorabilidade do bem de família do fiador, o tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário RE 407.688-8/SP, cuja ementa se transcreve abaixo:

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147)

Importante colacionar aqui alguns pontos do voto do Ministro Cezar Peluso no julgamento para enfrentamento do tema:

Penhorabilidade de Bem de Família RE 407688/SP* (v. Informativo 415)

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

Voto: (...) Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC nº 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 29.03.1990, a qual abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família.

(...) Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia — o qual, é bom observar se não confunde, necessariamente, com direito à

propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel — pode, sem prejuízo doutras 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.

(...) A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria ratio legis da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 1990. (...) Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações factuais e de vocações normativas — a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito (...). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

Foram votos vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, que defenderam em síntese que a exceção à impenhorabilidade do bem de família não foi recepcionada pela Emenda Constitucional n. 26, por ferir o direito à moradia do fiador, e, principalmente a isonomia entre o fiador e o devedor, valendo o registro abaixo:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades 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 consistem 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 limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

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 de proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.

Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, por que está poupar para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. A afronta à isonomia parece-me evidente.

Embora tenha sido voto vencido no julgamento do Recurso Extraordinário, o voto acima traz pontos elucidativos para discussão do tema.

Na esteira do RE 407.688-8/SP, foi editada a súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça, com base no julgamento do REsp 1.363.368-MS. Colaciona-se o informativo n. 552 deste tribunal:

DIREITO CIVIL. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA PERTENCENTE A FIADOR. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990. A Lei 8.009/1990 institui a proteção legal do bem de família como instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da entidade familiar e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna. Nos termos do art. 1º da Lei 8.009/1990, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável e não responderá pela dívida contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas no art. 3º da aludida norma. Nessa linha, o art. 3º excetua, em seu inciso VII, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza a constrição de imóvel - considerado bem de família - de propriedade do fiador de contrato locatício. Convém ressaltar que o STF assentou a constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 em face do art. 6º da CF, que, a partir da edição da Emenda Constitucional 26/2000, incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais (RE 407.688-AC, Tribunal Pleno, DJ 6/10/2006 e RE 612.360-RG, Tribunal Pleno, DJE 3/9/2010). Precedentes citados: AgRg no REsp 1.347.068-SP, Terceira Turma, DJE 15/9/2014; AgRg no AREsp 151.216-SP, Terceira Turma, DJE 2/8/2012; AgRg no AREsp 31.070-SP, Quarta Turma, DJE 25/10/2011; e AgRg no Ag 1.181.586-PR, Quarta Turma, DJE 12/4/2011. REsp 1.363.368-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 12/11/2014.

Por fim, editada a Súmula n. 549 do Superior Tribunal de Justiça após julgamento de recursos repetitivos:

Súmula 549 - É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.(Súmula 549, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJE 19/10/2015)

Esse basicamente é o entendimento dos tribunais superiores quanto à matéria, com alguns posicionamentos contrários como visto acima.

4.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

O instituto do bem de família está galgado na proteção ao direito fundamental de uma vida digna, estendido a todas as pessoas indistintamente. Dessa forma, para compreender os fundamentos e a necessidade ou não de proteção do bem de família do fiador, é salientar que o enfoque do tema seja estudado pelos princípios constitucionais e gerais do direito civil, ponto inicial do presente tópico.

4.2.1 Dignidade da pessoa humana

Todo o estudo do ordenamento jurídico deve ser feito sob um prisma teleológico e sistemático, onde as normas constitucionais e a legislação como um todo foram um sistema jurídico coerente e lógico.

A Constituição Federal de 1988 é o prisma de análise de todo o ordenamento, e como tal, traz como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, como se depreende do artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Para muitos juristas, aqui reside o mais importante dos princípios constitucionais, pois sem a proteção da vida digna a uma pessoa, todos os outros direitos não poderiam ser exercidos. A dignidade da pessoa humana foi expressamente prevista em outras passagens do texto constitucional, conforme trechos abaixo da Constituição Federal (CF/88):

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da justiça social(...)

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 7º **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, **defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (grifos nossos)**

Assim, como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana não é meio, mas se não o próprio fim de todo o ordenamento jurídico e de um Estado Democrático de Direito. Sem vida digna, não há a verdadeira expressão de uma sociedade democrática. Cristalino é o ensinamento de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 285-286):

Nessa perspectiva, consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III, da CF), a CF – a exemplo do que ocorreu pela primeira vez e de modo particularmente significativo na Lei Fundamental da Alemanha (1949) –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Em outras palavras, no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.

Balizado pela melhor doutrina constitucional, a dignidade da pessoa humana, tem duas dimensões, a negativa e a positiva, que consistem no limite constitucional ao exercício de quaisquer outros direitos contra a dignidade humana, bem como a exigência de prestações positivas estatais para persecução e proteção da vida digna, respectivamente.

Num primeiro momento se questiona, quais são os parâmetros mínimos para uma vida digna?

Seriam as hierarquias propostas por Abraham Maslow, em que as necessidades fisiológicas estão na base da pirâmide das necessidades, depois vem a segurança, relacionamentos e realizações pessoais?

Pela avaliação feita até aqui do tema, da propriedade como um bem fundamental à vida em sociedade, como um instrumento de segurança à entidade familiar, conclui-se que todos têm direito à moradia e é dever do Estado resguardar e ampliar esse direito o máximo que puder.

Sopesando a satisfação de um crédito originário de uma obrigação contraída no direito civil em detrimento do bem de família do fiador, que pode ser abrigo de uma entidade familiar inteira que está ameaçada por um negócio jurídico, parece claro que há uma nítida desproporcionalidade dos bens jurídicos atingidos.

A dignidade humana, através aqui do direito à um imóvel para moradia, em uma perspectiva democrática e de consecução da felicidade individual em sociedade, não parece possível de redução em um enfrentamento quanto às relações privadas no campo obrigacional pecuniária. Reforça-se tal tese nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2017, p. 131-286):

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.

Fundamental para entender todas as nuances do problema é o exame da penhorabilidade do bem de família do fiador sob o enfoque do direito social à moradia.

4.2.2 Direito social à moradia

É um direito fundamental considerado de 2ª dimensão, previsto no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, incluído pela primeira vez no texto constitucional pela Emenda n. 26:

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

Há certa divergência doutrinária quanto à efetividade de se colocar expressamente no texto constitucional normas programáticas em que não seria possível exigir uma prestação positiva ou uma proteção desse bem quando violado. De antemão, cumpre esclarecer que tal argumento não merece prosperar, haja vista que as normas programáticas têm o mesmo valor constitucional de quaisquer outros direitos fundamentais e podem sim ser exigíveis tanto para prestações positivas, ou abstenções a qualquer tipo de violações.

Conforme a ilustre doutrina de Sarlet, Marinoni e Mitidiero, podemos caracterizar o direito à moradia da seguinte forma (2017, p. 683):

De qualquer sorte, a definição do conteúdo concreto do direito à moradia não poderá prescindir da relação estreita com o princípio da dignidade humana e com a garantia de padrões qualitativos mínimos a uma vida saudável, tudo a revelar a importância, também neste contexto, dos critérios vinculados ao mínimo existencial, numa perspectiva afinada com os parâmetros internacionais.

Como os demais direitos fundamentais, o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito a prestações). Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares. Nesse contexto, destaca-se a legislação que proíbe a penhora do chamado bem de família, como tal considerado o imóvel que serve de moradia ao devedor e sua família (Lei 8.009/1990, art. 3.º), a cujo respeito existem inúmeras decisões judiciais, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, das quais boa parte favorável à proteção do direito à moradia.

Embora haja uma diferença entre o direito à moradia e o direito à propriedade, bem delineada no julgamento do RE 407.688-8/SP, ainda é dever do Estado de Direito promover à moradia em face de outras normas privadas, como a garantia ao crédito, que tem a sua devida importância, mas não com condão de suprimir o direito fundamental em tela.

Destaca-se que a proteção legal do bem de família tem sua finalidade a favor da família, e não em benefício do devedor.

Há que se refutar também a questão elencada no voto do Ministro Relator Cezar Peluzo, de que o inciso VII do art. 3º da lei 8.009/90, que a penhora é constitucional justamente por se respeitar o direito à moradia, pois a fiança seria um instrumento de garantia de proteção ao mercado de locação, que de certa maneira, estaria aumentando a oferta de moradia à sociedade. Ocorre que, tal argumento, não merece prosperar, pois há um amplo leque de instrumentos contratuais que podem contornar a situação, seja o reforço da garantia, a exigência da substituição do fiador ou quaisquer outras técnicas legislativas que sejam menos restritivas ao direito de moradia do fiador.

Observa-se que, não há muito tempo atrás, se admitia a prisão civil do depositário infiel, lançando-se toda sorte de argumentos a favor da prisão civil do mesmo para proteção e garantia do crédito. Argumentos semelhantes eram utilizados de que haveria uma total inadimplência das obrigações civis, a ponto de refletir nos mercados financeiros e na economia do país. Hoje, percebe-se que nada disso ocorreu e que o próprio mercado e a sociedade contornou a questão com inovações legislativas, bem como novos meios de se contratar nas relações privadas.

O direito social à moradia está consignado na Carta Magna, norma de direito fundamental, e deveria preponderar pelos operadores do direito em relação a dispositivos normativos infraconstitucionais que o violam.

4.2.3 Função Social do Contrato e o contrato de fiança em locação de imóvel residencial

O código civil de 2002 trouxe importante previsão legal em seu texto, quando rompendo com a tradição legalista e positivista de se interpretar os institutos civis, deu espaço ao princípio da função social do contrato, importante técnica de interpretação do direito através de uma norma principiológica. O artigo 421 do CC/02 dispõe a função social do contrato da seguinte forma:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A par da liberdade de contratar e da autonomia da vontade, princípios que regem as relações obrigacionais, a função social do contrato serve como filtro às interpretações que não estejam em consonância com o objetivo do ordenamento jurídico e a funcionalização das relações comerciais com um objetivo social.

Salienta-se que as obrigações firmadas através da liberdade de contratar são devidas e devem ser cumpridas. Mas a função social do contrato veio temperar a aplicação irrestrita do pactuado, como versa o brocardo romano *Pacta Sunt Servanda*, que o compactuado em contrato e assinado pelas partes devem ser mantidos sempre em decorrência da segurança jurídica e autonomia das partes.

Nas palavras de Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo (2016, p. 894-895), podemos entender a função social do contrato da seguinte maneira:

Assim, a limitação que a função social impõe à liberdade de contratar significa que o contrato ainda que decorra da vontade das partes, não pode servir para operar prestações desproporcionais entre os contratantes ou conferir a um deles direitos que destoem das finalidades econômicas e sociais dos contratos em geral, visando sempre proteger o hipossuficiente contra as desigualdades que possam surgir das diferenças de condições sociais e econômicas entre as partes.

(...)

Conceituamos, portanto, a função social do contrato como imposição jurídica de dever contratual através do qual as partes devem contrair obrigações justas e equilibradas e que não violem o interesse coletivo.

Complementa os Autores ainda sobre a eficácia interna e externa da função social do contrato:

Ressalte-se, por oportuno, que, na primeira imposição (dever de ajustar obrigações justas e equilibradas), encontra-se o que se chama de eficácia interna da função social do contrato; na segunda imposição (dever de não ofender o interesse coletivo), contém-se a denominada eficácia externa da função social.

Primeiramente, sobre a eficácia interna disposta no conceito acima, observa-se que as obrigações firmadas no contrato de fiança em locação de imóvel residencial, trazem obrigações desiguais aos sujeitos contratuais. A fiança é um contrato acessório, no qual o fiador, responsável subsidiário, não terá direito à proteção de seu imóvel residencial. Enquanto, o devedor principal, aquele que contraiu a dívida originária, tem o seu patrimônio mínimo preservado por lei. O fiador fica sub-rogado nos direitos do credor, mas em uma eventual ação de regresso, não poderá atingir o bem de família do devedor principal.

Há uma clara e insuperável violação à eficácia interna da função social do contrato. O contrato acessório nunca poderá ser mais gravoso do que o contrato principal. O tema será tratado novamente em tópico dedicado ao princípio da isonomia.

Outro entendimento que vigora na jurisprudência e que não deve prosperar, é que o contrato de fiança decorre da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, e, portanto, o fiador dispôs da proteção de seu bem de família ao aceitar ser fiador em contrato de locação residencial, mesmo com a disposição legal do inciso VII do art. 3º da lei 8.009/90, que prevê a penhorabilidade de seu bem. Ocorre que, o bem de família como instituto jurídico, é norma de ordem pública, norma cogente, em que não se aceita a indisponibilidade do direito.

Ademais, cumpre fazer uma diferença conceitual na aceitação do fiador em contratos de locação. O fiador assume a garantir a dívida do locatário nos contratos de locação do imóvel residencial, seja com benefício de ordem ou não, no limite de seu patrimônio disponível para satisfação do crédito. Isso, não quer dizer, como se afirma na jurisprudência, que o fiador está renunciando ao seu imóvel residencial, à proteção de seu bem e de sua família. Há uma clara diferença entre as duas posturas. Dessa forma, enxerga-se mais um argumento contrário a penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação.

Sobre a eficácia externa da função social, trazida pelo conceito supracitado, cotejando-se com o estudo do direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que o contrato de fiança há uma violação direta a esta faceta também do princípio da função social. Por tudo exposto no presente trabalho, nota-se que é do interesse coletivo o direito à moradia, ao patrimônio mínimo existencial, a consecução de uma vida digna. Portanto, a interpretação dos contratos e suas cláusulas na fiança em locação de imóvel residencial, devem sempre buscar a supremacia do interesse público.

Encerrando-se o tópico da função social do contrato como meio de interpretação das normas legais do direito civil, colaciona-se o disposto no art. 114 do CC/02, quanto à interpretação restritiva dos atos de liberalidade:

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

A fiança como já estudado, pode ser definida como unilateral, benéfica (gratuita), acessória e formal. Como se vê, em negócios jurídicos benéficos, como é o caso da fiança, a interpretação do contrato deve ser o mais restritiva possível.

Transcrevem-se os dizeres de Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo (2016, p. 938-939):

(...) isto se dá porque as liberalidades implicam, geralmente, em redução permanente ou temporária do patrimônio de seus autores. Assim. Não se pode interpretar de maneira extensiva o conteúdo da intenção de beneficiar, sob pena de injusto empobrecimento daquele que fez o bem ao terceiro.

Assim, nota-se que é difícil advogar pela penhorabilidade do bem do fiador, que está numa posição de garante do direito à moradia do devedor, sem ter proveito econômico nenhum da situação, e ainda, ser penalizado por isso. Em verdade, permitir-se a penhora do bem de família do fiador, é em outras palavras, o desestímulo e inviabilização de uma conduta que deveria ser socialmente benéfica a toda coletividade, a de prestar fiança para fins de moradia.

4.2.4 Princípio da isonomia

A isonomia ou princípio da igualdade, aqui considerada a igualdade formal e material, talvez seja o princípio mais caro ao tema da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação residencial. Previsto no caput do art. 5º da Carta Magna, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Desde o início do presente estudo, destacou-se nas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, a questão da isonomia entre o fiador e o devedor no contrato de locação. A lei 8.245/92 ao introduzir a nova exceção à impenhorabilidade do bem de família parece não ter considerado a isonomia entre os sujeitos de direitos participantes do negócio jurídico em comento.

Como bem explica Sarlet, Marinoni e Mitidiero (pg. 624), o princípio da igualdade pode ser assim conceituado:

Nessa perspectiva, mas considerando a arquitetura constitucional positiva brasileira, já delineada, é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.

Com essas linhas gerais é que lembramos aqui todas as incongruências da penhorabilidade do bem de família do fiador.

O tratamento desigual da matéria é oriundo do fato de não se considerar a dignidade da pessoa humana do fiador, não se respeitou o seu direito à moradia, e, no entanto, resguardaram-se todos esses direitos do devedor original. O instituto da fiança não pode ser concebido com esse tratamento legislativo que foi dado no inciso em debate.

Cristalino são os dizeres de Stolze e Pamplona (2013, p. 406)

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

À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil -, parece-nos forçoso concluir que tal dispositivo viola o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação.

Exercitando-se um pouco das consequências do entendimento dominante nos tribunais superiores, chegam-se as lógicas de absurdo que não são compatíveis com um ordenamento jurídico coeso e lógico, e, acima de tudo, democrático em sua essência.

Os fins almejados pela Constituição Federal amplamente debatidos no trabalho, não estão sendo respeitados. A injustiça quando vem da própria legislação que deveria ser aplicada para combatê-la, é uma das piores mazelas que pode existir para uma sociedade.

Insurge-se de igual modo, Nelson Rosenvald sobre o tema, defendendo a inconstitucionalidade da norma aqui discutida, pela mesma violação ao princípio da isonomia (p. 860-861):

Finalmente, há de ser afirmada a evidente inconstitucionalidade do inciso VII do citado art. 3º da Lei nº 8.009/90, acrescentado pela Lei nº 8.245/91 - Lei de Locações de Imóveis Urbanos, por violar o princípio da isonomia, tratando desigualmente duas obrigações que têm o mesmo fundamento. De fato, parece ter havido um grave equívoco legislativo ao permitir que fosse penhorado o bem de família por conta da fiança prestada em contrato de locação de imóvel urbano. E que os bens – móveis ou imóveis, eventualmente existentes - do locatário (o devedor principal) não poderão ser penhorados, uma vez que incidirá sobre eles a impenhorabilidade legal em conformidade com o art. 1º da lei protetiva. Ora, se a lei, que não permite a penhora do bem de família do devedor principal, vai permitir (inciso VII, art. 3º) a penhora do imóvel que serve de moradia para o fiador, viola flagrantemente a igualdade substancial constitucional, maculando na inteireza o inciso referido. Por isso, há total incompatibilidade da norma legal com a Constituição Federal, seja porque a mesma é incompatível com a proteção jusfundamental à moradia, seja em razão da quebra da igualdade substancial, tratando diferentemente devedores originados pela mesma causa.

(...)

À luz dos argumentos apresentados, por meio de controle de constitucionalidade difuso, diante de cada caso concreto, impõe-se ao magistrado reconhecer, inclusive de ofício, a inconstitucionalidade do dispositivo legal, declarando incompatível com o sistema de proteção avançada da pessoa humana a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador porque afronta a isonomia constitucional, bem como por ignorar o direito social à moradia.

Sob pena de redundância, há a necessidade de se resguardar o direito à igualdade, no seu espectro formal e material, haja vista que tal princípio funciona como primeira e última barreira de toda sorte de injustiças. Sem a isonomia, não há como se compreender um Estado Democrático de Direito, como a própria história já nos ensinou em tempos recentes. Apenas se considerando a igualdade formal, perpetuou-se desigualdades econômicas, sociais, de tratamento entre homens e mulheres, entre etnias.

Portanto, qualquer lesão a este direito fundamental, é uma abertura para que sejam cometidas outras violações sejam por interpretações extensivas, analogias, por inovações legislativas, haja vista que não se exerceu pelos Tribunais Superiores, os controles da legalidade e constitucionalidade como deveriam ser feitos.

Uma ordem constitucional que não consegue defender direitos humanos como a igualdade e moradia, não terá como proteger e nem sequer promover todo o seu programa constitucional que é amplo, extenso e complexo.

Dessa maneira, a melhor escolha a ser feita, é pela revogação da norma inculpada no inciso VII do art. 3º da lei 8.009/90, como assim discorre TARTUCE (p. 378-380):

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

(...)

Assim, na opinião deste autor, a melhor solução para a temática, de fato, é que a norma seja revogada, resolvendo-se definitivamente a questão e afastando-se a grande instabilidade que existe sobre o tema. Da nossa parte, continuaremos a criticar duramente o dispositivo e o entendimento jurisprudencial superior consolidado, até que a norma seja retirada do sistema legal brasileiro.

Encerra-se o presente tópico, colacionando mais uma vez trecho do voto do ilustre Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Min. Eros Grau:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades 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 limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

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 de proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.

Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, por que está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. A afronta à isonomia parece-me evidente.

Seguindo a lógica dos argumentos apresentados acima, não há como refutar que a penhorabilidade do bem de família do fiador consiste em verdadeira norma teratológica ao ordenamento jurídico, e, portanto, faz-se necessário a sua retirada seja por via de revogação legal ou pela declaração de sua inconstitucionalidade.

4.2.5 A proporcionalidade da penhora do bem de família do fiador e a técnica da ponderação

Como última análise a ser feita, corroborando com o tudo já exposto na presente pesquisa, faz-se necessário um estudo do tema sob o viés da proporcionalidade da medida da penhora do bem de família do fiador em face de uma satisfação de crédito de uma relação obrigacional.

Discorrendo sucintamente sobre o princípio da proporcionalidade, e sua aplicação como técnica de ponderação, pode-se dizer que ele se subdivide em três etapas de controle da legislação e de atos administrativos, BARROSO (2013, p. 360-363):

a) Adequação – A primeira fase é a análise entre o meio empregado para atingir determinado fim. Se há idoneidade na medida escolhida para produzir a resposta esperada.

b) Necessidade - Averiguado que o meio escolhido é idôneo para produzir determinado resultado, faz-se necessário passar para a etapa seguinte, onde se faz uma apreciação se o meio utilizado era o menos gravoso para atingir a finalidade esperada. Existe

por trás dessa etapa, uma vedação ao excesso, pois necessário que haja uma razoabilidade na ação escolhida.

c) Proporcionalidade em sentido estrito – Em derradeira análise, se a questão em concreto passar pela verificação das etapas anteriores, deve se fazer um real sopesamento entre os benefícios e prejuízos trazidos pela medida a ser utilizada. A ponderação deve mirar todo o ordenamento jurídico, sua concretude e coerência, haja vista que nesta etapa por vezes ocorre o conflitos de normas fundamentais.

Analisando-se a primeira etapa descrita acima, verifica-se que a penhora do bem de família do fiador é uma medida adequada para assegurar o cumprimento da obrigação contraído pelo devedor principal. Com a penhora do bem e a conversão dos valores em prol do credor, garante-se o crédito.

Ocorre que, já na segunda etapa de análise da ponderação, observa-se que a medida adotada pelo inciso VII do art. 3º da lei 8.009/90 não é o meio menos gravoso para atingir a finalidade esperada. Como explicado no tópico dedicado ao direito à moradia, há uma série de possibilidades contratuais que podem dar respostas satisfatórias à situação, seja o reforço da garantia, a exigência da substituição do fiador, outras formas de financiamento ou quaisquer outras técnicas legislativas que sejam menos restritivas ao direito de moradia do fiador.

Há um claro excesso da medida tomada pelo legislador, a da penhora do bem de família do fiador.

Por último, caso fosse superada o controle da necessidade, o que não ocorreu, ainda assim, analisando-se a proporcionalidade em sentido estrito, ponderando-se os benefícios e prejuízos trazidos pela medida introduzida pela lei de locação, demonstra-se que os prejuízos às normas constitucionais como a dignidade humana, o direito à moradia e o princípio da isonomia, excedem em muito quaisquer benefícios na garantia das relações contratuais, do cumprimento das obrigações e das relações de mercado de locação. A medida adotada não é proporcional.

Conclui-se assim a análise da constitucionalidade da matéria, optando-se pela linha doutrinária e jurisprudencial, que afirma a inconstitucionalidade da penhora do bem de família

do fiador decorrente de contrato de locação, tratada aqui por diversos espeques e prisms necessários para o entendimento do tema de uma forma ampla e concisa.

5 CONCLUSÃO

O estudo do Direito Civil no Brasil tem que ser compreendido sob uma perspectiva constitucional, abarcando as normas fundamentais que regulam todo o ordenamento jurídico, como a eficácia horizontal desses direitos.

A partir desse enfoque, dessa forma mais recente de estudar os institutos civis, que se encontrará respostas para tantas dificuldades e injustiças sociais que hoje assolam a sociedade brasileira e o mundo.

A teoria dos direitos fundamentais, teve um campo fértil de crescimento no século XX, notadamente após os horrores das duas grandes guerras mundiais, onde se estabeleceu que deveria haver uma normatividade mínima a respeito de direitos intrínsecos a qualquer ser humano.

Vê-se no período atual, uma forte guinada ao retrocesso de direitos sociais, conquistados com muitas lutas históricas ao longo dos séculos.

A desilusão global com a política e a forma como hoje a democracia é exercida, traz riscos grandes a sedimentação que vinha ocorrendo dos direitos basilares à sociedade, que hoje correm o risco de revisionismos na busca de enfraquecimento dos mesmos.

Partindo-se da premissa que os direitos fundamentais devem ser protegidos a todo custo, e que só cabem qualquer limitação quando for para resguardar outros direitos fundamentais que naquele caso em concreto seja necessário fazer uma ponderação, é que se faz necessário defender posições firmes acerca do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana.

Como se destacou no estudo destinado a história da moradia e da família no Brasil, desde o Brasil Império percebe que não houve por parte dos governantes, que sempre comandaram as estruturas políticas, jurídicas e legislativas brasileiras, a preocupação com o direito à moradia da população brasileira.

Em verdade, buscaram-se conchavos políticos e legislações justamente para preservar as grandes propriedades, latifúndios e a concentração de terras. Essa forma de gestão pública quanto ao tema, é um dos motivos para hoje haver um crescimento desenfreado de moradias irregulares, sem saneamento básico, sem título de propriedade, a verdadeira precarização do

direito à moradia, refletindo-se nas grandes favelas urbanas e no êxodo rural que o país vive desde os anos 50.

A questão da reforma agrária e do usucapião urbano, nunca foram amplamente difundidas e aceitas pela elite que rege o país desde sempre.

Aliado a questão da moradia, destaca-se a entidade familiar e como ela vem sendo regulada pelo direito brasileiro.

Os novos modelos de família que surgiram e surgem, e como a legislação pátria não consegue dar conta de tantas inovações, seja por dificuldades materiais legislativas, ou seja por meros preconceitos dos operadores do direito.

Destacamos um número imenso de modelos sociais de família que necessitam de uma resposta estatal quanto à proteção de seu lar, seus vínculos familiares, o patrimônio mínimo criado durante uma vida toda por estes novos modelos de família.

Em tal cenário, é que se insere o tema do bem de família, proteção ao direito à moradia trazida pela lei 8.009/90 e reforçado constitucionalmente pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, elevando-se a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República Brasileira, entende-se que a pessoa é o objeto principal de uma sociedade que pretende ser considerada um Estado Democrático de Direito.

Adentrando-se ao tema da penhorabilidade do bem de família do fiador, com todas as nuances do bem de família legal, percebe-se que todas as exceções à impenhorabilidade devem ser interpretadas de maneira mais restritiva possível.

De todas as exceções ali elencadas, a mais controversa foi adotada como centro de análise dessa pesquisa, haja vista a grande discrepância entre entendimentos da doutrina e da jurisprudência.

Partindo-se de uma análise conceitual dos institutos da fiança e da locação, bem como todas as hipóteses legais de penhorabilidade do bem de família, chegou-se a conclusão que de fato a penhora do bem de família do fiador é no mínimo um tema controverso, que toca áreas sensíveis como o direito à moradia e a isonomia.

Feito a análise legal do tema, fez-se um breve relato do entendimento jurisprudencial dominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal concluiu através do Recurso Extraordinário RE 407.688-8/SP, pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, e que não houve

violação ao direito à moradia, incluído como direito social no art. 6º da CF/88, pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000.

Na mesma esteira de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça conclui da mesma forma, que não há incompatibilidade entre a penhora do bem de família e o direito à moradia previsto no artigo 6º da CF/88, editando então a Súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça, com base no julgamento do REsp 1.363.368-MS.

Posto o posicionamento dos tribunais superiores, desdobrou-se sobre as diversas possibilidades de se estudar o tema, através de princípios constitucionais e de ensinamentos doutrinários para se chegar a conclusão de que a penhora do bem de família do fiador não deve ser permitida, pois viola uma série de preceitos fundamentais e legais que regem a matéria da moradia, da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da função social do contrato e em último análise de todo a sistemática do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Conclui-se inicialmente pela análise do princípio da dignidade da pessoa humana que, a dignidade humana, através aqui do direito a um imóvel para moradia, em uma perspectiva democrática e de consecução da felicidade individual em sociedade, não parece possível de redução em um enfrentamento quanto às relações privadas no campo obrigacional pecuniária.

Entendeu-se ainda que a ponderação entre a satisfação de um crédito advindo de uma obrigação contraída no relações privadas em detrimento do bem de família do fiador, que em última análise pode ser abrigo de uma entidade familiar inteira, que pode estar ameaçada por um negócio jurídico, restou nítida a desproporcionalidade dos bens jurídicos atingidos.

Quanto a perspectiva do direito social à moradia em confronto com a garantia do fiador em contrato de locação, concluiu-se que a proteção legal do bem de família tem sua finalidade a favor da família, e não em benefício do devedor.

Refuta-se também o argumento que a penhora é constitucional justamente por se respeitar o direito à moradia, sendo a fiança seria um instrumento de garantia de proteção ao mercado de locação, aumentando a oferta de moradia à sociedade. Como já dito anteriormente, há um inúmero de possibilidades de instrumentos contratuais que podem contornar a situação, seja o reforço da garantia, a exigência da substituição do fiador ou quaisquer outras técnicas legislativas que sejam menos restritivas ao direito de moradia do fiador.

Outro ponto abordado e que foi determinante para o posicionamento da inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação de

imóvel residencial, foi a questão da função social do contrato, como meio de interpretação das normas jurídicas e das obrigações civis.

A função social do contrato serve como filtro às interpretações que não estejam em consonância com o objetivo do ordenamento jurídico e a funcionalização das relações comerciais com um objetivo social.

Nas dimensões da eficácia interna e externa do princípio da função social do contrato, restou evidente que a penhorabilidade do bem de família do fiador viola as duas dimensões estudadas.

Entendeu-se que a eficácia interna nas obrigações firmadas no contrato de fiança em locação de imóvel residencial, trazem obrigações desiguais aos sujeitos contratuais. A fiança é um contrato acessório, no qual o fiador, responsável subsidiário, não terá direito à proteção de seu imóvel residencial. Enquanto, o devedor principal, aquele que contraiu a dívida originária, tem o seu patrimônio mínimo preservado por lei. O fiador fica sub-rogado nos direitos do credor, mas em uma eventual ação de regresso, não poderá atingir o bem de família do devedor principal.

No mesmo sentido, defende-se que o fiador ao assumir a garantia da dívida do locatário nos contratos de locação do imóvel residencial, seja com benefício de ordem ou não, está garantido no limite de seu patrimônio disponível para satisfação do crédito. Lembrando que o bem de família tem como característica ser um direito indisponível, que não aceita disposição voluntária a bel prazer de seu proprietário. É norma de ordem pública, norma cogente que não aceita livre disposição da parte.

Quanto à eficácia externa da função social do contrato de fiança em locação de imóvel, tem-se que o contrato de fiança é um negócio jurídico benéfico e sua interpretação deve ser o mais restritiva possível. O interesse coletivo nas normas jurídicas é violado quando há a permissão para penhora do bem do fiador, que está numa posição de garante do direito à moradia do devedor, sem ter proveito econômico nenhum da situação, apenas sendo penalizado por sua conduta altruísta. Adotar tal entendimento, é um desestímulo e inviabilização de uma conduta que deveria ser socialmente benéfica a toda coletividade, a de prestar fiança para fins de moradia.

Não obstante toda a fundamentação já exposta, concluiu-se também pela violação à isonomia substancial no tratamento da matéria pelo inciso VII, art. 3º, da lei 8.009/90. Há uma nítida desigualdade de tratamento, decorrente do fato de não se considerar a dignidade da pessoa humana do fiador, não se respeitar o seu direito à moradia, e, no entanto, resguardar

todos esses direitos ao devedor original. O instituto da fiança não pode ser concebido com esse tratamento legislativo que foi dado no inciso em debate.

O último enfoque do trabalho foi acerca da proporcionalidade da medida em debate, de se permitir a penhora do bem de família do fiador. Tomando-se como ponto de partida a hermenêutica constitucional através do estudo do princípio da proporcionalidade, decidiu-se utilizar a técnica de ponderação tão festejada por grandes constitucionalistas nacionais e internacionais.

Considerando-se as três etapas da ponderação, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, percebeu-se que a norma legal é de fato inconstitucional por mais este motivo. Ela não é proporcional e nem razoável considerando toda a sistemática legal e constitucional do bem de família. É necessário que a norma jurídica a ser analisada consiga preencher todas as etapas da ponderação e não apenas uma delas como é o caso da penhora em tela.

Em que pese a penhora do bem de família do fiador estar dentro de uma medida adequada para satisfação do crédito, na segunda etapa de análise da ponderação, observa-se que a medida adotada pelo inciso VII do art. 3º da lei 8.009/90 não é o meio menos gravoso para atingir a finalidade esperada. Como se concluiu acima, há uma série de possibilidades contratuais que podem dar respostas satisfatórias à situação, seja o reforço da garantia, a exigência da substituição do fiador, outras formas de financiamento ou quaisquer outras técnicas legislativas que sejam menos restritivas ao direito de moradia do fiador.

Restou claro que há um excesso na medida tomada pelo legislador, a da penhora do bem de família do fiador.

Não obstante a medida legislativa adotada não conseguir superar ao controle da necessidade, analisando-se a proporcionalidade em sentido estrito, percebe-se que os benefícios e prejuízos trazidos pela medida introduzida pela lei de locação, são prejudiciais às normas constitucionais que prescrevem uma vida digna, a moradia como um direito social e a igualdade formal e material. As violações excedem quaisquer benefícios na garantia das relações contratuais, do cumprimento das obrigações e das relações de mercado de locação. A medida adotada não é proporcional, bem como não é constitucional.

Por fim, conclui-se que se faz necessário a revogação legal do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, haja vista sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico.

Como destacou-se em tópico anterior, há alguns projetos legislativos de revogação do inciso em comento, notadamente quatro projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. São eles o Projeto de Lei 408/2008 que tramita no Senado Federal e os projetos de lei que

tramitam na Câmara dos Deputados, como as PL 1.622/1996, PL 2.368/1996 e PL 1.458/2003.

Como comentário final, impende destacar que além da mudança legislativa, há de se alterar o entendimento jurisprudencial dominantes dos tribunais superiores. Se os julgadores que são responsáveis pela proteção das leis e da Constituição Federal não compreendem a proteção que o direito à moradia, aqui através do instituto do bem de família, faz-se essencial para um país democrático, justo e igualitário. A doutrina há tempos advoga por mudanças de posicionamento daqueles, resta a esperança de se acreditar em nova guinada de preservação e promoção dos direitos fundamentais e sociais na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião de; DE JESUS, Marcelo; DE MELO, Maria Izabel. **Manual de direito civil**: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**: Seção 1 - 5/10/1988, Página 1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 20 maio 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 22 abr 2018.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em 22 abr 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 01 jun 2018.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm>. Acesso em 02 jun 2018.

_____. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em 15 ago 2018.

_____. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em 04 ago 2018.

_____. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm>. Acesso em 05 ago 2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 30 jul 2018.

_____. Informativo 441 do Superior Tribunal de Justiça. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Brasília, 28 de junho a 6 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270441%27>>. Acesso em 02 ago 2018.

_____. Informativo 501 do Superior Tribunal de Justiça. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Brasília, 1º a 10 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270501%27&tipo=informativo>>. Acesso em 02 ago 2018.

_____. Informativo 503 do Superior Tribunal de Justiça. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Brasília, 27 de agosto a 6 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270503%27&tipo=informativo>>. Acesso em 01 set 2018.

_____. Informativo 591 do Superior Tribunal de Justiça. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Brasília, 4 a 18 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 03 ago 2018.

_____. Informativo 496 do Superior Tribunal de Justiça. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Brasília, 23 de abril a 4 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270496%27>>. Acesso em 05 ago 2018.

_____. Informativo 585 do Superior Tribunal de Justiça. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Brasília, 11 a 30 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270585%27>>. Acesso em 02 set 2018.

_____. Informativo 455 do Superior Tribunal de Justiça. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Brasília, 5 a 9 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo455.htm#Bem%20de%20Fam%C3%ADlia:%20Despesas%20Condominiais%20e%20Penhorabilidade>>. Acesso em 02 set 2018.

_____. Informativo 575 do Superior Tribunal de Justiça. **Secretaria de Jurisprudência do STJ**. Brasília, 19 de dezembro de 2015 a 4 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270575%27>>. Acesso em 22 ago 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: Dte 01/02/2012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em 12 ago 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 997.261/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 26/04/2012. **JusBrasil**, 2012 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200702438531.REG>>. Acesso em 01 set 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.022.735-RS, DJe 18/2/2010, e AgRg no AgRg no Ag 1.094.203-SP, DJe 10/5/2011. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200702438531.REG>>. Acesso em 01 set 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RE 407688, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4933200>>. Acesso em 30 ago 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 407.688-8 SÃO PAULO. STF - RE: 495184 SP, Relator: Min. MARCO AURELIO, Data de Julgamento: 14/02/2012, Data de Publicação: DJe - 039 DIVULG 24/02/2012 PUBLIC 27/02/2012. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em 07 ago 2018.

_____. Informativo nº 416 do Supremo Tribunal Federal. **STF**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000008365&base=baseInformativo>>. Acesso em 02 ago 2018.

_____. Resolução nº 175 de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 02 set 2018.

_____. **SÚMULA nº 364**. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf>. Acesso em 02 set 2018.

_____. **SÚMULA nº 205**. A Lei n. 8.009/1990 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula205.pdf>. Acesso em 13 jul 2018.

_____. **SÚMULA N. 486**. É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas486-490.pdf>. Acesso em 12 jul 2018.

_____. **SÚMULA 549.** É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. (Súmula 549, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015). Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27549%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27549%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em 01 set 2018.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas.** Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>. Acesso em 01 set 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Fachin, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 9. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos em espécie.** 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações.** 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico.** 13. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito processual penal.** 17. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 25. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família.** 12. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.