

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

CAROLINA ANGELINI CARMONA

(IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR EM CONTRATOS LOCATÍCIOS

São Paulo

2020

CAROLINA ANGELINI CARMONA

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADORA: ANDREA BOARI CARACIOLA

São Paulo

2020

CAROLINA ANGELINI CARMONA

(IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR EM CONTRATOS LOCATÍCIOS

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovad(o)a em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a): ANDREA BOARI CARACIOLA

Examinador(a): LIA FELBERG

Examinador(a): MÁRCIA MARIA DE BARROS CORREA

(IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA EM CONTRATOS LOCATÍCIOS

Carolina Angelini Carmona

Resumo: Apesar dos Tribunais Superiores terem consolidado o entendimento acerca da possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contratos locatícios, tal assunto continua gerando insegurança jurídica na sociedade. A principal controversa instaurada decorre da Emenda Constitucional nº 26/00, que incluiu no rol dos direitos fundamentais, correspondente ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o direito à moradia, estreitamente relacionado com o princípio da dignidade humana. Partindo desta preliminar, o objetivo do presente estudo é a análise das divergências jurisprudenciais e doutrinárias no que concerne a penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação de imóveis, em confronto aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, demonstrando a necessidade de uma revisão sobre o “entendimento pacificado”.

Palavras chaves: Bem de família; fiador; impenhorabilidade; RE 605.709/SP; RE 407.688/SP.

Abstract: Despite the fact that the Superior Courts have consolidated their understanding of the possibility of pledging the guarantor's family property in lease agreements, this matter continues to generate legal uncertainty in society. The main controversial issue arises from Constitutional Amendment nº 26/2000, which included in the list of fundamental rights, corresponding to article 6 of the Federal Constitution of 1988, the right to housing, closely related to the principle of human dignity. Starting from this preliminary, the objective of the present study is the analysis of the jurisprudential and doctrinal divergences regarding the pledge of the guarantor's family property in real estate lease contracts, in confrontation with the fundamental rights provided for in the Constitution of the Republic, demonstrating the need a review of “pacified understanding”.

Key words: Family property; guarantor; impenetrability; RE 605.709/SP; RE 407.688/SP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 BEM DE FAMÍLIA	7
1.1 Origem histórica	7
1.2 Regimes jurídicos: legal e convencional	9
1.3 A Lei 8.009/90 e as suas consequências no ordenamento jurídico.....	10
2 IMPENHORABILIDADE DA LEI 8.009/90	11
2.1 Impenhorabilidade do bem de família do devedor e penhorabilidade do bem de família do fiador: divergências acerca de tal exceção.	11
2.2 Penhorabilidade do bem de família do fiador nos tribunais superiores	12
3 STF E O RE 605.709 (12.06.2018): PRECEDENTE CONSTITUCIONAL?	15
CONCLUSÃO	18
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	19

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como principal escopo analisar a constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, inserido na legislação em decorrência do artigo 82 da Lei 8.245/91. Para melhor elucidação acerca do tema será abordado, inicialmente, a evolução histórica do bem de família, no tocante à sua origem, definição e as normas que permeiam esse instituto.

A Lei 8.009/90, popularmente conhecida como Lei do Bem de Família, foi criada para proteger o referido instituto, visto a sua importância dentro da sociedade, regulamentando as hipóteses de impenhorabilidade. Porém, posteriormente a promulgação da lei, foi acrescentado o inciso VII ao artigo 3º que abarca as exceções, sendo passível de constrição o bem de família do fiador nos contratos de locação.

A partir deste tópico, serão abordados os problemas jurídicos originados pela inclusão do dispositivo, tendo em vista que a aplicação da lei pode estar sujeita a diferentes interpretações dependendo do contexto analisado.

Ante ao exposto, serão abordadas as duas posições conflitantes, seguida de suas motivações, encontradas no judiciário brasileiro. Ao que tudo indica, a aplicação direta ou “fria” da lei não é suficiente para resolução do entrave jurídico, isso acontece em razão da colisão entre direitos fundamentais dos cidadãos, como o direito à moradia, dignidade da pessoa humana, princípio da isonomia e da liberdade contratual.

Diante da problemática, será analisada a posição dos Tribunais Superiores, isso incluindo o STF e STJ, na tentativa de buscar entendimento consolidado sobre o assunto. Dessa forma, o presente trabalho utilizará como material de estudo o julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688/SP e o Recurso Extraordinário nº 605.709/SP, para posterior comparação, já que ambos versam sobre o mesmo tema, mas sob visões diferentes, acarretando decisões distintas referentes à mesma questão.

Assim, pretende-se demonstrar a necessidade de uma revisão no que concerne a possibilidade da penhora do imóvel do fiador em contratos locatícios, previsto no artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, a fim de averiguar a sua constitucionalidade no ordenamento jurídico, trazendo, de certo modo, segurança jurídica sobre o tema.

1 BEM DE FAMÍLIA

1.1 Origem histórica

Historicamente, a “família” é a instituição mais antiga já relatada, é o tipo de organização que predominou em muitas culturas, tendo papel fundamental no desenvolvimento da sociedade e dos indivíduos que a compõe. À vista disso, o instituto sofreu constantes transformações ao passar dos anos, acompanhando mudanças religiosas, econômicas e socioculturais.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 trouxe à época inovações sociais em sua redação. Em outras palavras, surgiu o esforço e a preocupação do judiciário em recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio, desconsiderando a neutralidade, para aproximar-se mais da realidade social do país¹. E para assegurar a dignidade da pessoa humana, possível uma reflexão acerca de quais itens seriam indispensáveis às necessidades básicas, podendo incluir o “bem de família” nesse rol. Inclusive, a inserção deste instituto no direito pátrio acaba sendo uma forma de realizar a justiça social, por garantir a sua proteção².

De acordo com relatos históricos, o instituto originou-se no Texas, antes mesmo de ser incorporado ao EUA, em 26 de janeiro de 1839, a partir da criação da Lei do *Homestead* (Lei de Terras)³. Em virtude da grave crise que assolou o país entre o ano de 1837 e 1839, foi uma estratégia de fixar o homem à terra, evitando a perda de inúmeras propriedades devido à execução por dívidas. A lei prometia à população a impenhorabilidade dos bens móveis domésticos e imóveis de residência da família, medida posteriormente incorporada na legislação do Brasil⁴.

Contudo, a introdução desse instituto no país se deu com muita dificuldade. Em um estudo sobre o tema, a primeira tentativa de proteção se deu com Coelho Rodrigues, que tentou implementar o seu projeto de Código Civil de 1893, intitulado de constituição do lar e da família⁵. No entanto, não obteve apoio suficiente.

No ano de 1900, Clovis Beviláqua trouxe o tema novamente em pauta, e apresentou seu projeto de lei. Porém, não fazia menção à figura do bem de família, possuía alguns artigos baseados no *Homestead* e a denominação proposta pelo projeto de Coelho Rodrigues. Mas

¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 193.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 107.

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 339-340.

⁴ SIQUEIRA, Carlos. **O bem de família do fiador pode ser penhorado?** 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013, p. 25.

⁵ BUZANAR, Maurício. **O Duplo tratamento legal do bem de família e suas repercussões práticas**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *et al.* (Coord.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009, p. 413.

não prosperou em suas razões⁶.

De acordo com Azevedo, houveram outras tentativas para a inclusão do instituto na legislação⁷. E foi durante a elaboração do Código Civil de 1916 que a Comissão Especial do Senado aceitou a emenda sugerida por Feliciano Penna, na qual previa a inclusão de quatro artigos regulando o bem de família⁸.

Em 1988, houve a promulgação da Constituição da República, gerando efeitos no campo referente ao Direito Civil, uma vez que a legitimidade para instituir o bem de família foi ampliada, na medida em que se estabeleceu a igualdade gênero. Além disso, a Constituição reconheceu expressamente a existência de outras espécies de entidades familiares⁹.

Posteriormente, em 1990, o Brasil enfrentou uma grave crise financeira, e com intuito de proteger a população, o então presidente do Brasil, José Sarney, sancionou a Medida Provisória nº 143 que posteriormente culminou a Lei nº 8.009 do mesmo ano. Esta lei, conhecida como “Lei do Bem de Família”, dispõe sobre a impenhorabilidade do mesmo, conferindo proteção a todos os cidadãos por meio de seu caráter cogente e incidência imediata.

Ante ao exposto, compreende como bem de família o imóvel que serve para proveito da unidade familiar, servindo de moradia, local onde guarnece objetos móveis e equipamentos de uso profissional, ou qualquer outra benfeitoria. É uma forma de proteção a entidade familiar, sendo impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os conjuges ou até que os filhos completem a maioridade¹⁰.

Atualmente, o Código Civil de 2002 trata do bem de família nos artigos 1.711 a 1.722, subtítulo IV. Ademais, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 26/00, tal instituto teve seu caráter modificado em razão da inclusão da moradia no artigo 6º da Constituição Federal, o qual abarca os direitos sociais fundamentais.

Assim, pode ser considerado como um instituto híbrido, pois funde a proteção da pessoa humana com os direitos patrimoniais.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**: com comentários a Lei nº 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 88-89.

⁷ AZEVEDO, 1999, p. 89-90.

⁸ No Código Civil de 1916, o bem de família era regulado nos arts. 70 a 73, primeiramente, inserido no livro das Pessoas, depois transferido para o livro dos Bens, ambos da Parte Geral do então Projeto.

⁹ A CF em seu art. 226 consagra a família como a base da sociedade, conferindo a ela especial proteção do Estado, e em seus parágrafos elenca as espécies de entidades familiares, como, por exemplo, a união estável e família monoparental.

¹⁰ Id., 2002, p. 93.

1.2 Regimes jurídicos: legal e convencional

Coexistem na legislação brasileira duas espécies de bem de família: o legal (involuntário ou obrigatório), decorrente da Lei 8.009/90. E o convencional (voluntário ou facultativo), que embora já existisse no Código Civil de 1916, e na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), foi no Código Civil de 2002 que encontrou sua praticidade e modernização em relação à Constituição Federal de 1988¹¹.

Para melhor elucidação, o bem de família voluntário, convencional, ou facultativo, surgiu com o Código Civil, sendo instituído apenas na forma voluntária, ou seja, mediante ato de manifestação de vontade.

Dessa forma, o artigo 1.711 viabiliza a escolha de qual imóvel deseja gravar com a cláusula de impenhorabilidade do bem, seja por escritura pública ou testamento. Contudo, não pode seu valor exceder de um terço o patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da instituição.

Além do mais, possuindo a entidade familiar dois ou mais imóveis residenciais, a fim de evitar constrações indesejadas, pode optar por qual imóvel deverá ser instituído, devendo proceder o ato formalmente no Cartório de Registro de Imóveis. No entanto, na omissão quanto a indicação, automaticamente o de menor valor terá resguardo¹².

O artigo 1.712 do referido Código, esclarece que o bem de família pode se constituir em imóvel urbano ou rural, “com suas pertencas e acessórios” destinados ao domicílio familiar. Permite também a escolha de valores mobiliários, como cotas de sociedades empresárias, para a impenhorabilidade do bem de família, desde que a renda dessas atividades empresárias se reverta para a manutenção da entidade familiar ou conservação do imóvel. Mas, esses valores mobiliários não podem ultrapassar o valor do imóvel registrado como bem de família, conforme o artigo 1.713 e parágrafos seguintes.

Por outro lado, o bem de família legal, involuntário ou obrigatório é disciplinado pela Lei 8.009/90, que protege o imóvel residencial da forma mais ampla possível. Nessa modalidade, o instituidor é o próprio Estado, que por meio de uma norma de ordem pública é responsável por resguardar a moradia, evitando, assim, a constrição do bem.

A referida lei, em seu artigo primeiro, define o imóvel destinado ao abrigo do núcleo familiar, como bem de família impenhorável, salvo exceções. Além disso, prevê a lei que os bens móveis que guarnecem na casa, também são impenhoráveis.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 6 direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 385.

¹² CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família: Teoria e Prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 09.

Ademais, o locatário não é excluído do amparo legal, sendo os bens móveis que guarnecem na residência, desde quitados, resguardados. Porém, existem diversos debates acerca da extensão da proteção desses bens móveis, referente ao critério adotado, tendo amparo na jurisprudência pátria os considerados necessários para uma vida digna¹³.

Diante disso, observa-se que as mudanças normativas surgiram com o intuito de adequar o bem de família à sua função social, protegendo a família de arbitrariedades.

1.3 A Lei 8.009/90 e as suas consequências no ordenamento jurídico

Conforme visto anteriormente, a Lei 8.009/1990 dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, define como impenhorável o imóvel destinado ao abrigo do núcleo familiar, não podendo ser confiscado por débito civil, comercial, fiscal, previdenciário ou de outra natureza contraídos por cônjuges ou conviventes, pais ou filhos, com o intuito de proteger os residentes.

No entanto, tal disposição não é absoluta, o artigo 2º deixa claro a exclusão da regra geral os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos por não serem considerados essenciais ao lar¹⁴. Além destes, o artigo 3º elenca uma série de exceções à impenhorabilidade do bem de família.

Dentre os incisos elencados, merece destaque o inciso VII, por possibilitar a penhora do bem de família em fiança de aluguel, causando uma série de divergências entre jurisprudências acerca de sua constitucionalidade. No entanto, cumpre mencionar que o assunto foi instituído no ordenamento jurídico pelo artigo 82 da Lei 8.245/91, nomeada como Lei do Inquilinato¹⁵.

No que concerne à fiança, essa modalidade está descrita nos artigos 818 e 819 do Código Civil de 2002. E com base nos ensinamentos de Fernandes, é uma garantia legal dada ao credor, no caso de o devedor não cumprir a obrigação principal e os encargos¹⁶. Portanto, o fiador assume uma responsabilidade sem existir um débito. Ademais, trata-se de um contrato complexo, por suas características, como a acessoriedade, a gratuidade, a unilateralidade, a subsidiariedade, formalidade, *intuitus personae* e benéfico¹⁷.

Após a criação da Lei 8.009/90, os locadores de imóveis reclamavam por garantias de penhorabilidade do imóvel do fiador, pois as demais previstas em lei não eram suficientes. Assim, passaram a exigir em seus contratos a presença de fiadores proprietários de pelo

¹³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 395.

¹⁴ CREDIE, 2010, p. 44.

¹⁵ SIQUEIRA, 2013, p. 51.

¹⁶ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: Contratos**. Caxias do Sul: Educs. 2011, p. 281.

¹⁷ FERNANDES, 2011, p. 283-284.

menos dois imóveis, o que gerou desestabilização no mercado imobiliário da época, uma vez que poucos fiadores possuíam mais de um imóvel como garantia¹⁸.

Diante dessa necessidade, surgiu a Lei 8.245/91, com regras que disciplinam o mercado de locação, acrescentando, conseqüentemente, o inciso VII no artigo 3º da Lei 8.009/90.

2 IMPENHORABILIDADE DA LEI 8.009/90

2.1 Impenhorabilidade do bem de família do devedor e penhorabilidade do bem de família do fiador: divergências acerca de tal exceção.

O legislador infraconstitucional ao permitir a penhora do bem de família do fiador em contratos locatícios, desencadeou uma série de discussões jurídicas quanto a sua constitucionalidade, agravada com a edição da Emenda Constitucional nº 26/00, que elevou à moradia ao patamar de direito social fundamental.

Instaurou-se de um lado, a corrente doutrinária favorável afirmando que tal exceção é válida, uma vez que facilita a locação dos imóveis (gera maior liberdade de contratar). De outro, a oposição aludindo que a referida medida representa uma grave ameaça ao ordenamento jurídico, por prejudicar a moradia do fiador sendo que o imóvel do afiançado permanece intocável, violando um direito fundamental social¹⁹.

A corrente a favor da constrição do bem de família do fiador acredita que a exceção criaria condições juridico-econômicas favoráveis ao locador e locatário, ampliando o mercado imobiliário, colaborando para desenvolvimento econômico social do país, por facilitar o acesso à habitação²⁰.

Em contrapartida a oposição alega que sob a ótica constitucional, há a violação de três princípios: o da isonomia, ao princípio da moradia; à dignidade da pessoa humana do fiador²¹. Ainda, o tema na perspectiva do direito civil-constitucional, modifica o caráter benéfico e acessório da fiança.

A questão da penhorabilidade do bem de família não foi favorável ao fiador, mas sim às locações. Sendo assim, a fiança traz apenas responsabilidades, tendo em vista que seu patrimônio poderá ser atingido caso o devedor não cumpra com as obrigações. Além disso, o contrato acessório não pode ser mais oneroso que o principal, em virtude do princípio da

¹⁸ CARVALHO, Sylvio Antunes de. Locação: fiador injustiçado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1992, p. 296.

¹⁹ SIQUEIRA, 2013, p. 55.

²⁰ Ibid., p. 52

²¹ Ibid., p. 64.

gravitação jurídica. A lei acabou estabelecendo um tratamento desigual e desproporcional que agravou a situação, uma vez que só onerou o fiador²².

Logo, se uma norma ofende o princípio da isonomia ofertando vantagens para determinado grupo, sem contemplar outro, não poderá ser considerada constitucional, uma vez que isonomia deve servir como um norte para a interpretação das leis.

No âmbito contratual, é previsto no ordenamento jurídico a plena liberdade das partes na elaboração de um contrato, possuindo ressalvas como respeitar os “bons costumes” e “ordem pública”²³.

Analisando melhor o caso referente à penhora do bem de família do fiador, há envolvimento de uma norma de ordem pública, relativa ao direito de moradia e a dignidade da pessoa humana. Assim, o inciso VII, ao permitir a constrição do bem de família do fiador em contrato de locação, violou a defesa dos direitos difusos e coletivos porque não protegeu o lar²⁴.

Portanto, o contrato acaba não atingindo a sua função social²⁵, pois ao flexibilizar o bem de família para garantir as locações, fez com que muitas violações contratuais se desencadeassem. Ademais, o ordenamento jurídico deve proteger o indivíduo na sua integralidade, sendo o direito à moradia o fruto da dignidade da pessoa humana, não podendo sofrer qualquer tipo de violação, conforme disposição constitucional.

Em relação à ordem econômica, o próprio artigo 170 da Constituição Federal dispõe que deve ter finalidade social, ser pautada na justiça social e assegurar a todos, existência digna. A partir disso, depreende-se que a proteção conferida ao mercado imobiliário com o inciso VII não foi pensada na justiça social.

Diante da problemática, não é razoável a lógica de permitir a penhora do imóvel, bem de família, uma vez que existem outros meios de se garantir a locação, como seguro fiança locatícia, caução de bem imóvel ou móvel, bem como a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

2.2 Penhorabilidade do bem de família do fiador nos tribunais superiores

Várias foram as divergências jurisprudenciais provenientes da Lei nº 8.245/91, que inseriu o artigo VII no rol de exceções do artigo 3º da Lei nº 8.009/90. Em um primeiro

²² SIQUEIRA, 2013, p. 60-61.

²³ O art. 421e o 2.035 do Código Civil abordam a mitigação da autonomia das partes, impondo limitações à liberdade de contratar diante dos reflexos que as relações individuais impõem à coletividade. Isso configura a supremacia do interesse público sobre o privado.

²⁴ Ibid., p. 73.

²⁵ CORDEIRO, Ana Paula Del Pretti. **Bem de Família**: uma visão (in) constitucional do contrato de fiança locatícia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 50.

momento, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o RE nº 352.940/SP no ano de 2005, teria decidido pelo não recebimento da exceção à penhora.

Para o ministro relator Carlos Velloso, a inclusão do referido inciso no artigo 3º da Lei 8.009/90 viola o princípio da isonomia previsto constitucionalmente. Dessa forma, o bem de família tutelado possui a mesma razão fundamental de resguardo da entidade familiar, sendo igualmente aplicável a não constrição do bem ao fiador e locatário.

Ao acolher o recurso, o ministro justificou esse impedimento com a edição da Emenda Constitucional nº 26/00, que elevou o caráter da moradia como um direito fundamental social ao incluí-la no artigo 6º da Constituição da República.

No entanto, em 2006 um caso similar destacou-se no judiciário, o RE nº 407.688/SP. Nesse, o STF concordou que o único imóvel de uma pessoa a qual se comprometeu a condição de fiador em contrato de aluguel, é passível de constrição em caso de inadimplência do locatário.

No decorrer do julgamento pelo plenário, houveram divergências entre os ministros acerca da linha de pensamento a ser seguida. Uma parte apontou o princípio constitucional da liberdade individual do indivíduo de querer ser fiador, e arcar com a sua responsabilidade contratual. A outra defendeu o direito social fundamental à moradia, alegando como inconstitucional a penhora do bem.

O relator do recurso, ministro Cezar Peluso, afirmou ser clara a interpretação da Lei 8.009/90, em seu artigo 3º, inciso VII, uma vez que o indivíduo possui a liberdade contratual e deverá responder pelos riscos que a condição de fiador impõe, mesmo que comprometa o imóvel servido como residência da família.

Além do mais, na visão do ministro, não houve qualquer incompatibilidade entre o dispositivo da lei em relação a previsão constitucional sobre o direito à moradia. Ainda, alega a constrição do bem do fiador como medida protetiva ao direito social de moradia, por prevalecer o interesse de uma classe maior (locadores), em detrimento de uma menor (fiadores).

Em sentido contrário às alegações anteriores, o ministro Eros Grau defendeu o afastamento da penhora do bem de família do fiador. Fundamentou utilizando recursos extraordinários, como o RE 352.940/SP, relatado pelo ministro Carlos Velloso e versando sobre o impedimento da constrição judicial recaída sob o único imóvel do fiador, não se apegando à lógica de mercado. Enfatizou que o bem de família não cumpriria a sua função social na mesma medida que o artigo 6º da CF teria sua eficácia comprometida.

Isto posto, foi decidido, por maioria dos votos, ser permitida a penhora do bem de

família do fiador em contrato de locação, sob a premissa de gerar garantia ao mercado de locação, facilitando o acesso a moradia conseqüentemente.

Mas, embora o STF tenha optado pela constitucionalidade da lei, nem todos os julgadores dos Tribunais inferiores aderiram do mesmo posicionamento²⁶. Essa dualidade ocorre em razão das alegações que determinaram o RE 407.688/SP abarcarem o mérito recursal em sede incidental de controle de constitucionalidade, e não possuir natureza vinculante à solução de méritos equivalentes²⁷.

No entanto, o ativismo judicial pátrio aderiu ao “método de adesão”, reiterando o entedimento do RE 407.688/SP de forma mecanizada e acrítica em casos similares. Assim, o julgado tem “outorgado” eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à jurisdição em seus níveis ordinários de competência, bem como às de superposição, adquirindo natureza de precedente jurídico.

Em 2010, o STF declarou a constitucionalidade da matéria em sede de Repercussão Geral, por meio do RE nº 612.360/SP, de relatoria da ministra Ellen Gracie, que apenas reivindicou as motivações do RE 407.688/SP. Tal orientação foi alçada como precedente jurisprudencial no Tema 295²⁸.

Em vista disso, o STJ tem se inclinado a idêntico ativismo judicial, pois se instrumentaliza à *ratio decidendi* do acórdão paradigmático. Em 2014, o Recurso Especial nº 1.363.368/MS foi julgado sob o rito dos julgamentos repetitivos, culminando, posteriormente, na edição da Súmula 549²⁹.

Como anteriormente apresentado, foi atribuído aos julgados RE nº 407.688/SP e RE nº 612.360/SP efeito modificativo e resolutivo de controvérsias a respeito da impenhorabilidade do bem de família do fiador. Importante destacar que não houve especificação quanto o tipo de locação celebrada.

Diante da consolidação de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a penhora do bem de família do fiador locatício pareceu ser inabalável. Contudo, destaca-se que o cerne recursal possuía fragilidades que foram aproveitadas

²⁶ Alguns casos contrários: TJDFT, AGI nº 20080020097564, Relator: Antoninho Lopes, Relator Designado: Humberto Adjuto Ulhôa, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/04/2009, Publicado no DJE: 18/05/2009; TJMG, AI nº 1.0596.05.027486-6/001, Relator: Mota e Silva, Relator Designado: Elpídio Donizetti, 18ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 10/02/2009, Publicado no DJE: 17/03/2009.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 480.

²⁸ “É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da lei 8.009/90 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da CF, com redação da EC 26/20” (BRASIL, Superior Tribunal Federal, Tema 295, 14/08/2010).

²⁹ “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 549, 14/10/2015).

posteriormente em reexame de nova controvérsia de mesmo tema, uma vez que não havia conexão expressa entre a penhora do bem de família do fiador e um possível aumento no acesso à moradia. Assim, o RE 605.709/SP configurou-se como uma nova tentativa de modificar o entendimento previamente consolidado, elencando a possível inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, ressaltando a desproporcionalidade punitiva atrelada ao fiador, no caso de locação comercial.

3 STF E O RE 605.709 (12.06.2018): PRECEDENTE CONSTITUCIONAL?

Conforme mencionado no capítulo anterior, vislumbra-se a possibilidade do STF rever a sua decisão acerca da penhorabilidade do bem de família em execuções de contratos locatícios, influenciado pelas constantes reflexões jurisprudenciais. Os questionamentos variam entre: a incoerência do pensamento privilegiando os locadores; o fato do comércio imobiliário ter o poder concentrado na parcela que representa as grandes imobiliárias; por não ser justo que o fiador tenha seu bem de família penhorado, enquanto a lei exclui da constrição o bem de família do devedor (locatário)³⁰.

Tendo isso em vista, no ano de 2018, a decisão do RE nº 605.709/SP ganhou destaque no judiciário por conceder a impenhorabilidade do bem de família do fiador na locação comercial.

O julgamento teve início em outubro de 2014, e o então relator, ministro Dias Toffoli, fundamentou uma analogia da aplicação em locação residencial assim como comercial, sem mencionar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso que levantou a pacificação já consolidada a respeito do tema, alegando impulso concedia ao empreendedorismo ao permitir a celebração de contratos de locação empresarial em condições mais propícias.

Em voto diverso, a ministra Rosa Weber, adotou o entendimento de que a dignidade da pessoa humana e a proteção à família são razões suficientes para impedir a referida constrição, em oposição ao privilégio da satisfação do crédito do locador do imóvel. Votaram no mesmo sentido os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, vencendo em uma disputa apertada.

O ministro Marco Aurélio em seu voto, comenta a possibilidade de dúvida interpretação, tendo em vista a não diferenciação à relação jurídica que compromete o imóvel como garantia, se atinge a locação para fins comerciais ou residenciais, o que gera

³⁰ SIQUEIRA, 2013, p. 53-54.

insegurança jurídica no que concerne a omissão legal relacionado ao tipo de locação.

Diante da decisão do recurso, a parte contrária opôs embargos de divergência. Admitidos pela ministra Rosa Weber, e redistribuídos ao ministro Celso de Mello por efeito de determinação regimental. No entanto, a invocação utilizada como padrão de confronto não foi dada como apta por ser unicamente cabível tratando-se de decisões colegiadas proferidas pelo STF.

Em que pese o entendimento anterior, o ministro relator pôde apreciar a postulação recursal referente à invocação como padrão de confronto, das decisões colegiadas proferidas nos RE 407.688/SP, RE 544.651-AgR/SP e RE 612.360/SP. No entanto, ao fazê-lo, discorda acerca da divergência jurisprudencial alegada pela embargante, tendo em vista que os dois acórdãos modelos utilizados examinaram contextos distintos, pois se tratava da possibilidade de penhora de bem de família do fiador de locação residencial.

Nessa toada, houve a desconexão entre a penhora do bem de família nos casos de locações residenciais e as locações comerciais, o que resultou na impossibilidade de constrição no segundo cenário.

Ocorre, dessa forma, incoerência jurisprudencial em vários aspectos, principalmente no que tange aos princípios constitucionais, utilizados como *ratio decidendi*. No RE 605.709/SP, foi indeferida a penhora do bem de família na locação comercial, prevalecendo o direito à moradia diante da livre iniciativa. Já no RE 407.688/SP, a penhora do bem de família do fiador é passível de constrição em contratos locatícios, fundamentada na liberdade contratual e autonomia da vontade.

Há o que se falar, portanto, de uma insegurança no ordenamento jurídico, uma vez que os temas não foram julgados em unanimidade dos votos, bem como foram fundamentados utilizando princípios distintos que geraram conflitos. Sabendo que cada princípio é dotado de determinado peso e importância no meio ao qual são inseridos, diante de uma colisão entre eles deverá ser aplicada a norma principiológica de maior relevância ao caso concreto³¹.

Portanto, não há que se olvidar que é necessário ponderar qual direito assegura melhor à dignidade da pessoa humana. O mercado deve ser protegido, é válido e constitucional protegê-lo e a fiança tem esse poder, mas mesmo com a anuência do fiador e sua aceitação quanto aos riscos inerentes ao contrato, esse dispositivo não seria razoável, tampouco proporcional, haja vista que o próprio artigo 170 da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica deve ter finalidade social, ser pautada na justiça social e assegurar a

³¹ DWORKIN, 2002 apud SANTOS, 2007, p.123.

todos existência digna, notória conclusão após análise do presente julgado.

Contudo, a análise da questão a penhora do bem de família do fiador, nos casos de locação comercial, acabou por criar mais uma inconsistência para o ordenamento jurídico. Havia o prévio entendimento, conforme já apresentado, de que a penhora do bem de família do fiador, nos casos de locação residencial, seria fundamentada no exercício da autonomia da vontade, sendo considerada legal.

Entretanto, é de se destacar que a decisão mais recente do STF, discutida neste capítulo, não possuiu os efeitos atribuídos aos Recursos Extraordinários em Sede de Repercurso Geral, indo em sentido oposto ao já consolidado em outras oportunidades pela mesma Corte, como, principalmente, no RE 612.360-RG que pacificou a penhora do bem de família do fiador nos casos de contrato de locação, com o efeito multiplicador no recurso. Sem mencionar, ainda, a Súmula 549 do STJ que entende como válida a penhora do bem de família do fiador no mesmo sentido do posicionamento anterior da Suprema Corte.

Percebe-se, portanto, que o RE 605.709 possui como única finalidade divergir do entendimento já estabelecido e tratar como ilegal a constrição do bem de família do fiador nos casos de locação comercial, ou seja, ele procura dar especificidade à penhora quanto ao tipo de locação celebrada pelas partes, sendo, inclusive, adotado em alguns julgamentos de instâncias inferiores³², ainda que de maneira sanzonal.

Conquanto, não há o que se falar de precedente suficiente para obrigar as instâncias inferiores do sistema judiciário brasileiro, principalmente após apresentação de julgados do STF (RE 407.688/SP, RE 544.651-AgR/SP e RE 612.360-RG/Tema 295) e STJ (Súmula 549) que optaram pela constrição do bem de família do fiador nas locações, mesmo que de maneira genérica³³.

Restará ao ordenamento jurídico lidar com mais uma insegurança legal apresentada pelo STF, que, a menos que apareçam novos casos na Suprema Corte com a aplicação do recente entendimento, continuarão por optar pela penhora do bem de família do fiador, ainda que somente nos casos de locação residencial.

³² TJDF, Acórdão 1181706, AGI nº 0705759-68.2019.8.07.0000, Relator: Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/06/2019, Publicado no DJE: 04/07/2019; TJDF, Acórdão 1172893, AGI nº 0719918-50.2018.8.07.0000, Relator: Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/05/2019, Publicado no DJE: 30/05/2019; TJSP, AGI nº 2233758-54.2020.8.26.0000, Relator: Alfredo Attié, 27ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 17/10/2020, Publicado no DJE: 21/10/2020.

³³ Exemplos de casos com este pensamento: TJSP, AC 1007115-46.2020.8.26.0037, Relator: Carlos Dias Motta, 26ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 04/11/2020, Publicado no DJE: 23/10/2020; TJSP, AGI nº 2044718-53.2020.8.26.0000, Relator: Andrade Neto, 30ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 21/10/2020, Publicado no DJE: 28/10/2020. TJDF, Acórdão 1189849, AGI nº 0706808-47.2019.8.07.0000, Relator: Alvaro Ciarlini, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 31/07/2019, Publicado no DJE: 13/08/2019.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo pátrio tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º da CF). Assim, o direito à moradia, incorporado na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 26/00, tornou-se uma garantia essencial para que se faça cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico da tutela constitucional.

Apesar disso, as jurisprudências dos Tribunais Superiores apresentaram-se favoráveis à penhora do bem de família do fiador, como foi amplamente discutido no presente estudo, por meio das razões determinandes do RE nº 407.688/SP e similares. Entretanto, a decisão proferida no RE 605.709/SP, ao inviabilizar a penhora do bem de família do fiador em locações comerciais, causou certa insegurança jurídica por ir contra a um entendimento já pacificado pelas instâncias superiores.

Isto posto, observa-se a existência de um conflito principiológico originado pelas decisões dos julgados ora analisados. Ocorrendo conflitos entre princípios ou direitos fundamentais, a solução esperada seria a valoração de cada um diante do caso concreto, assim é necessário avaliar qual deles que, quando aplicado, fere com menos agressividade e intensividade que o outro.

Desta forma, o princípio da autonomia privada acaba sucumbido pela dignidade da pessoa humana e direito à moradia, uma vez que o indivíduo somente possuirá uma vida digna se dispuser de um teto que abrigue e proteja sua família, de modo que nem mesmo sua vontade manifestada em momento anterior pode interferir.

Ainda que subsistam julgados no sentido da constrição do bem de família do fiador, o Estado deve fazer valer os preceitos constitucionais anteriormente expostos, enaltecendo a vontade do legislador ao criar a Lei do Bem de Família, competindo aos Tribunais Superiores aplicarem o melhor entendimento do texto legal, que beneficie os cidadãos do país, mesmo que por ora optem pela penhora do bem de família do fiador.

Ante ao exposto, resta evidente a necessidade de reanálise da matéria, no tocante à constitucionalidade do inciso VII presente no art. 3º da Lei 8.009/90, diante de possíveis alterações da jurisprudência pátria que já entendeu como ilegal a constrição do bem de família do fiador nos casos de locação comercial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO. Álvaro Villaça. **Bem de família:** com comentários a Lei nº 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família:** com comentários a Lei nº 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil:** direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Lei 8.009 de 29 de março de 1990. **Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.** Brasília, DF: Senado Federal. 29 de março de 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991. **Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.** Brasília, DF: Senado Federal. 18 de outubro de 1991. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm> Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Brasília, DF: Senado Federal. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Lei 13.105 de 15 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF: Senado Federal. 15 de março de 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 352.940/SP.** 25/04/2005. Min. Relator Carlos Velloso.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 407.688-8/SP.** 08/02/2006. Min. Relator Celso de Mello.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 612.360/SP.** 14/09/2010. Min. Relator Ellen Gracie.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 605.709/SP.** 12/06/2018. Min. Relator Dias Toffoli.

- BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial n.º. 1.363.368/MS**. 12/11/2014. Min. Relator Luis Felipe Salomão.
- BUZANAR. Maurício. **O Duplo tratamento legal do bem de família e suas repercussões práticas**. In: HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes *et al.* (Coord.). Direito de família e das sucessões: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.
- CARVALHO, Sylvio Antunes de. Locação: fiador injustiçado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 681, p. 296, jul. 1992.
- CORDEIRO, Ana Paula Del Pretti. **Bem de família: uma visão (in) constitucional do contrato de fiança locatícia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- CREDEIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FACHIN. Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: contratos**. Caxias do Sul: Educs, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 6 direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SANTOS, Márcio Gil. Reflexão sobre princípios constitucionais. **Revista Estação Científica: revista da Faculdade Estácio de Sá, Juiz de Fora**, v. 1, n. 2, ago/set. 2007.
- SIQUEIRA, Carlos. **O bem de família do fiador pode ser penhorado?** 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Carolina Angelini Carmona,

aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31613799, Período matutino, Turma A,

tendo realizado o TCC com o título: (Im)penhorabilidade do Bem de Família do Fiador em Contratos Locatícios.

sob a orientação do(a) professor(a): Andrea Boari Caraciola,

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de novembro de 2020.


Assinatura do discente