

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA (FACER)

FRANCK BUENO RIBEIRO DE QUEIROZ

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR
NO CONTRATO LOCATÍCIO**

Rubiataba - GO

2016

FRANCK BUENO RIBEIRO DE QUEIROZ

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR
NO CONTRATO LOCATÍCIO**

Monografia Jurídica apresentada no Curso de Direito na Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, sob orientação da Professora Especialista Marilda Machado Leal como requisito parcial para aprovação e integralização do currículo.

RUBIATABA – GO
2016

Queiroz, Franck Bueno Ribeiro de.

A Inconstitucionalidade da Penhora do Bem de Família do Fiador no Contrato Locatício / Franck Bueno Ribeiro de Queiroz - 2016.

f. 56

Orientadora: Prof.^a Marilda Leal Machado.

MONOGRAFIA (Graduação), Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, Bacharelado em Direito, 2016.

1. Impenhorabilidade. 2. Bem de Família. 3. Locador. 4. Inconstitucionalidade. 5. Direito a Moradia.

FRANCK BUENO RIBEIRO DE QUEIROZ

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR
NO CONTRATO LOCATÍCIO**

COMISSÃO EXAMINADORA

Monografia Jurídica apresentada no Curso de Direito na Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, sob orientação da Professora Especialista Marilda Machado Leal como requisito parcial para obtenção de nota da disciplina de Monografia II, aprovação no curso e integralização do currículo.

Data da aprovação:

Professora Especialista Marilda Machado Leal
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba.

1º Examinador (a):
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba.

2º Examinador (a):
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba.

RUBIATABA – GO
2016

A Deus, que tem me sustentado com amor e cuidado. A minha esposa, Cinthia Carrijo que me deu o maior presente que eu poderia receber, meu filho. A toda minha família, que com paciência em momentos difíceis sempre me colocaram de pé e me fizeram andar de cabeça erguida.

AGRADECIMENTOS

A Deus que sempre coloca as melhores pessoas ao meu lado.

A todos que, de alguma maneira, contribuíram para realização deste trabalho.

A minha orientadora, Professora Marilda Leal que não mediu esforços e se dedicou em meu auxílio ao longo desta trajetória.

“As estrelas podem ser vistas do fundo de um poço escuro, quando não podem ser discernidas do topo de um monte. Assim também, muitas coisas são aprendidas na adversidade, com as quais o homem próspero nem sonha.”

(C. H. Spurgeon)

RESUMO

A Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, que trata da impenhorabilidade do único imóvel usado pela família para moradia, em seu artigo 3º aponta as hipóteses em que o benefício garantido pela referida lei, qual seja, a impenhorabilidade, não será aplicado, tendo em vista a natureza da obrigação. Analisaremos especificamente o inciso VII do art. 3º, da Lei n. 8.009/90, acrescido pela Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), que acrescentou a exceção que possibilita a penhora do bem de família do fiador no contrato locatício, caso o afiançado não cumpra com as obrigações pactuadas. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência são divergentes, ao questionar a constitucionalidade do referido dispositivo legal, tendo em vista alguns seguirem a corrente que fiador é livre para contratar e por esse motivo deve responder patrimonialmente pela obrigação assumida; em contrapartida outros seguem a tese de que o mencionado dispositivo viola importantes princípios constitucionais, tais como o Princípio da Isonomia, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de mitigar o direito fundamental à moradia, estampado no art. 6º de nossa Carta Magna, que traz o rol de direitos sociais. Tal discussão se acentuou com o advento da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que acrescentou o direito à moradia no rol dos direitos sociais, elencados no art. 6º de nossa CF. Tais informações, de extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro foram colhidas e aplicadas através de vasta pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, no que tange ao presente tema.

Palavras-Chaves: Impenhorabilidade, Bem de Família, Locador, Inconstitucionalidade e Direito a Moradia.

ABSTRACT

Law n. 8009 of 29 March 1990, which deals with the unseizability single property used by the family for housing, in article 3 points out the cases in which the benefit guaranteed by that law, which is, unseizability will not be applied, in to the nature of the obligation. In this paper we analyze specifically the item VII of art. 3 of Law n. 8,009 / 90 increased by Law 8.245 / 91 (Tenancy Act), which added and exception that allows the guarantor of the family and the guarantee of the lease if the bailed does not comply with the obligations entered into. In this sense, doctrine and jurisprudence are different, to challenge the constitutionality of the said legal provision, given that some follow the current guarantor is free to hire and therefore must respond patrimonially the obligation assumed, however others follow the thesis mentioned that the device violates important constitutional principles, such as the Principle of Equality, Principle of Proportionality, Principle of Human Dignity, and mitigate the fundamental right to housing, printed on article 6 of our Constitution, which brings the list of social rights. This discussion was accentuated with the advent of Constitutional Amendment. 26 of 14 February 2000, which added the right to housing in the list of social rights listed in article 6 of our Constitution. Such information is extremely relevant in the Brazilian legal system were collected and applied through vast bibliographical and jurisprudential research, with respect to this issue.

Key Words: Unseizability, Family Well, Lessor, Unconstitutionality and Right to Housing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

D. – Desembargador

DJ – Diário da Justiça

DJU – Diário da Justiça da União

EC – Emenda Constitucional

Eg. - Egrégio

J. – Julgado

Min. - Ministro

N. - Número

P. – Página

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RJ – Rio de Janeiro

Rel. - Relator

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO E DE FIANÇA.....	13
2.1 DO CONTRATO DE LOCAÇÃO.....	13
2.1.1 Conceito.....	13
2.1.2 Características e elementos essenciais	15
2.1.3 Locação de imóveis urbanos.....	17
2.2 DO CONTRATO DE FIANÇA.....	19
2.1.1 Noções Gerais.....	19
2.1.2 Conceito e características do contrato de fiança	19
2.1.3 Requisitos	21
2.1.5 Efeitos da fiança.....	22
2.1.6 Extinção da Fiança	25
3. BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	27
3.1 TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO	27
3.1.1 Patrimônio.....	27
3.1.2 Fundamentos da Teoria do Patrimônio Mínimo	28
3.2 NOÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS	30
3.3 CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA.....	31
3.4 NATUREZA JURÍDICA DO BEM DE FAMÍLIA.....	32
3.5 BEM DE FAMÍLIA LEGAL E BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL.....	33
3.5.1 Bem de Família Convencional	33
3.5.2 Bem de família legal	36
3.5.2.1 Conceito.....	36
3.5.2.2 Objeto	37
3.5.2.3 Beneficiários	39
3.5.2.4 Extinção	39
3.5.2.5 Exceções a impenhorabilidade	40
4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO	42
4.1 FUNDAMENTAÇÃO DA TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	43
5. CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo principal analisar a (in)constitucionalidade do inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90, acrescido pelo advento da Lei n. 8.245/91 (Lei do Inquilinato), que aponta para a possibilidade de o fiador, em contrato locatício, veja seu bem de família legal penhorado, em face do inadimplemento do devedor principal.

Nessa situação, o fiador figura apenas como devedor acessório, ou seja, garantidor de uma obrigação principal e, mesmo assim, não será beneficiado com a impenhorabilidade prevista na lei em comento, podendo ter seu bem contristado em eventual execução pela dívida não adimplida pelo afiançado, que é o devedor principal.

É de grande relevância jurídica a abordagem dessa problemática, uma vez que há grande divergência entre doutrina e jurisprudência sobre o assunto. Enquanto que o STF aponta pela constitucionalidade do referido dispositivo, entendendo ser perfeitamente possível a penhora do bem de família legal do fiador, caso o afiançado não cumpra com a obrigação acordada, vários doutrinadores inclinam-se pela inconstitucionalidade da norma e é possível, ainda, encontrarmos julgados de Tribunais Estaduais que adotem a tese da inconstitucionalidade.

A proteção garantida pela Lei n. 8.009/90 tem por escopo resguardar a entidade familiar, garantindo a proteção devida do Estado à família. Essa proteção se efetiva na separação de um patrimônio mínimo, este impenhorável, necessário para que a família possa viver com dignidade perante a sociedade.

Vale trazer a baila, o advento da Emenda Constitucional n. 26/2000, que acrescentou ao art. 6º, da Constituição Federal o direito à moradia, ampliando-se assim o rol de direitos sociais e trazendo ainda mais divergência entre os operadores do direito, ao passo que se questiona a recepção ou não do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 pela Constituição Federal.

A presente monografia apresenta dados pertinentes que apontam para a inconstitucionalidade da norma em comento, demonstrando também posicionamento divergente, utilizando-se de vasta bibliografia.

Para que haja uma plena compreensão e, de fato, uma conclusão clara sobre a (in)constitucionalidade do referido dispositivo de lei, é necessário que analisemos

conceitos específicos acerca de determinados temas, que culminaram na resolução do problema principal do presente trabalho.

O primeiro capítulo aborda as duas modalidades contratuais que dão ensejo a problemática principal abordada, quais sejam, o contrato de locação e o contrato de fiança. São abordados os principais pontos e especificidades das referidas relações contratuais, como: princípios, características principais, forma de realização, entre outros.

O segundo capítulo trata do bem de família, sua evolução histórica, sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, sua instituição, seu objeto de proteção, e demais pontos que se fazem essenciais. Trata, ainda, da diferenciação entre bem de família convencional e legal, quanto a sua incidência e operação, para que não se confunda os tratamentos aplicados a um e a outro.

Por fim, no último capítulo trata, de fato, do problema apresentado, ou seja, da possibilidade ou não da penhora do bem de família legal do fiador em contrato de locação. Será apresentada uma breve contextualização, sintetizando-se todos os dados apresentados nos dois primeiros capítulos e, ainda, quais os argumentos que fundamentam a tese de inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90.

Assim, o presente trabalho se ateve à proteção do família, defendendo-se a tese de impenhorabilidade do único imóvel pertencente ao fiador, analisando-se a situação à luz dos princípios constitucionais pertinentes à situação.

2. DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO E DE FIANÇA

Para iniciarmos o presente trabalho se fazem imprescindíveis algumas considerações. Ao passo que vamos analisar a (in)constitucionalidade da norma que possibilita a penhora do bem de família do fiador, quando a obrigação decorrer de fiança prestada em contratos de locação, elencada no inciso VII, do artigo 3º, da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, lei esta que tem como fundamento tratar da impenhorabilidade do bem de família, de pronto, duas modalidades de contratos se destacam, são eles: Contrato de Locação e Contrato de Fiança.

O questionamento abordado decorre exatamente da relação jurídica que se estabelece por meio dos mencionados contratos, ou seja, ao se firmar um contrato principal de locação entre locador e locatário e, em seguida, garantindo este por meio da fiança, em um contrato acessório de fiança ingressa na relação o terceiro garantidor, denominado fiador. Caso o locatário não cumpra com suas obrigações e venha a ser executado, este poderá alegar a impenhorabilidade de seu bem de família, mas em seguida, sendo o fiador executado, como garantidor do negócio, não poderá alegar a impenhorabilidade de seu bem de família.

Em sede preliminar e contextualizando a situação foram feitas as presentes observações que vão ser, ao longo do presente trabalho, esmiuçadas, mas o que nos toca para o momento é a importância que há em se conhecer de forma mais aprofundada as duas modalidades contratuais que geram a problemática, sendo, como já informado, o contrato de locação e o de fiança.

Dessa forma, a partir de agora conheceremos de que maneira se realizam tais negócios jurídicos, quais são suas principais características e nuances relevantes a construção e resolução da problemática abordada.

2.1 DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

2.1.1 Conceito

A partir de então, trataremos de forma específica da referida modalidade contratual, trazendo exposições aplicáveis a todos os contratos de locação. Antes de se apresentar, de fato, o conceito atual de contrato de locação há de se fazer um

importante apontamento histórico, no sentido de que para o Direito Romano existiam três modalidades de locação, como bem apresenta Venosa, sendo:

a *locatio conductio rerum*, locação de coisas, pela qual o locador cedia ao locatário o uso de um bem mediante soma em dinheiro; a *locatio conductio operarum*, locação de serviços, pela qual um sujeito se comprometia a prestar serviços para outro, mediante certo pagamento; e, a *locatio conductio operis*, locação de obra ou empreitada, pela qual um sujeito encomendava a outro a execução de uma obra mediante pagamento de um preço. (VENOSA, 2014, p. 139)

Ocorre que no atual cenário do direito brasileiro a prestação de serviços e a empreitada não se enquadram mais no sentido de locações, como tratava o Código Civil de 1916, que trazia em seu Capítulo IV, denominado “DA LOCAÇÃO” as referidas modalidades, vez que a prestação de serviços se enquadra e encontra base nas normas de ordem trabalhista, sendo entendida como contrato de trabalho, enquanto que a empreitada, se concretiza pelo contrato específico de empreitada, tendo amparo na lei civil em tópico autônomo.

Em Suma, o atual diploma civil trata como locação somente os contratos em que uma “coisa” for cedida pelo locador ao locatário, mediante remuneração, como bem preceitua os artigos 565 a 578. Enquanto que a prestação de serviços e a empreitada se tornam institutos autônomos, não mais enquadrados como locação, tendo, a primeira fulcro nos artigos 593 a 609 e a segunda nos artigos 610 a 626, ambos no Código Civil de 2002. Razão esta que vamos nos ater ao tema “locação de coisas”.

Concernente ao que foi exposto, Gonçalves (2014, p. 307) faz citação a Orlando Gomes, que leciona: locação é só de coisas. “Não é questão apenas de rigor terminológico, pois as outras espécies tradicionais de locação não se ajustavam perfeitamente ao conceito único a que se pretendeu reduzi-las” (GONÇALVES, p. 307, 2014).

Concatenadas as ideias referidas e tendo claro que quando se trata de contrato de locação nos referimos exclusivamente a locação de coisas, Coelho (2012, p. 183) conceitua locação como “o contrato em que uma das partes cede temporariamente o uso e fruição de um bem infungível à outra, em contrapartida, obriga-se a pagar uma remuneração (designada, *grosso modo*, aluguel).” Diniz (2014, p. 281), seguindo a mesma linha, apresenta o contrato de locação como o contrato pelo qual uma das partes (locador) se obriga a ceder à outra (locatário), por

tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa infungível, mediante certa retribuição. Tanto um, como outro seguem o que está disposto no artigo 565 do atual Código Civil, que dispõe o seguinte: “locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.”

2.1.2 Características e elementos essenciais

No que tangem às características do contrato de locação, de início podemos caracteriza-lo como contrato bilateral, o qual gera para ambas as partes obrigações, qual seja: ao locador a obrigação de ceder ao locatário a coisa locada e a este a de pagar ao locador o valor pactuado.

É, ainda, consensual, uma vez que não se exige, para sua formação, forma especial, via de regra. Se aperfeiçoa pelo simples acordo de vontade das partes de forma livre, não sendo prevista em lei forma solene para que o mesmo se realize, a não ser em algumas exceções.

Trata-se, também, de contrato oneroso, tendo em vista o que se extrai do mencionado art. 565, do Diploma Civil que aponta expressamente a necessidade de uma retribuição de uma das partes a outra em troca da cessão oferecida. Tal característica se faz importantíssima, ao passo que sua ausência gera a desconfiguração do contrato de locação, pois se uma coisa é cedida por uma pessoa a outra de forma gratuita não há que se falar em contrato de locação, mas sim em comodato, que é o empréstimo gratuito de coisas infungíveis.

Faz-se comutativo, uma vez que as obrigações de ambos os contratantes são equivalentes e estabelecidas e determinadas de forma clara desde a celebração do contrato, não gerando risco para nenhuma das partes no negócio.

Por fim, o contrato de locação também é trato sucessivo ou de execução continuada. Gonçalves (2014, p. 310) leciona que tal característica se dá porque as prestações são periódicas e, assim, não se extinguem com o pagamento. Este tem apenas o efeito de quitar o débito relativo a cada período. Nesse mesmo sentido, aponta Diniz (2014, p. 281) que o contrato assim o é, pois o mesmo “sobrevive com a persistência da obrigação, apesar de ocorrerem soluções periódicas, até que, pelo decurso de certo prazo, cessa o contrato. O pagamento de aluguel, salário ou preço não libera os contraentes senão da dívida relativa a certo período, de modo que o

vínculo contratual perdurará até o final do prazo avençado para o término do contrato.”

Existem no contrato de locação alguns elementos que são essenciais à sua existência, são eles: consentimento válido; capacidade dos contraentes; cessão de posse do objeto locado; a remuneração; lapso de tempo, que pode ser determinado ou não; e, forma livre.

O consentimento válido se faz indispensável, sem o qual o contrato se torna inválido. Para que o contrato seja válido e obrigue as partes entre si é necessário que haja *animus* de contratar e obrigar-se mutuamente. Nessa esteira, trata Diniz que

Será imprescindível que os contratantes – locador e locatário – deem seu assentimento, o primeiro de ceder o uso e gozo do bem locado, e o segundo de pagar o aluguel como contraprestação daquele uso e gozo temporariamente obtidos. (DINIZ, p. 282, 2014)

Tem-se, ainda, como elemento essencial do contrato a capacidade dos contraentes, em vez que é necessário que os contraentes tenham capacidade e consciência de seu ato, tendo em vista que esse discernimento que valida o consentimento dado por ambos. O contrato de locação deve ser celebrado por consentimento livre e espontâneo das partes.

Deve-se, obrigatoriamente, haver a cessão de posse do objeto locado, a cessão de um bem infungível. O bem deverá ser infungível porque o mesmo, ao findar o prazo do contrato de locação, o mesmo deverá ser devolvido sem diminuição de sua substância. Em se tratando de bens fungíveis o que se tem é o mútuo e não locação. Além de infungível deve o objeto da locação ser inconsumível, exatamente pelo exposto acima, ou seja, sabendo-se que o bem locado deve ser devolvido ao término estipulado do contrato seria impossível que isso acontecesse em se tratando bens consumíveis.

Um dos elementos caracterizadores dessa modalidade contratual é a remuneração – também chamado de aluguel, configurando a obrigação prestada pelo locatário ao locador, geralmente de forma mensal e em dinheiro. Tal remuneração é determinada pelos contratantes de forma livre, mas vale lembrar que o mesmo deverá ser disposto de forma a não ser irrisório, deverá ser um valor razoável tomando-se em conta o bem locado. Não adimplindo o locatário com a sua obrigação (aluguel) nascem duas hipóteses para o locador: cobra-los pela via judicial ou resolver o contrato.

Haverá também um lapso de tempo, determinado ou não – é certo que a locação pode ser estipulada com tempo determinado de duração ou não. Tal situação é certa e nessa linha de raciocínio vale ressaltar que não há que se falar em contrato de locação vitalício, perpétuo, pois feriria a essência do contrato que deverá culminar no termo e, por consequência, na devolução do objeto locado.

Quanto a forma, esta poderá ser livre – o contrato de locação não depende de forma solene para que se concretize, não há exigência no sentido de qual deverá ser a sua forma. Sendo assim, o contrato valerá independente da forma utilizada pelos contraentes, seja escrita, seja verbal.

2.1.3 Locação de imóveis urbanos.

Depois de analisarmos profundamente quais são as principais características e elementos essenciais do contrato de locação, faz-se necessário, ainda, adentrarmos um pouco mais ao regramento específico dado às locações de imóveis urbanos pela Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991.

Como dispõe a ementa dada a referida lei, esta regula especificamente a locação de imóveis urbanos. Dessa forma, o Parágrafo Único do artigo 1º da referida lei cuidou de deixar bem claro essa distinção ao disciplinar quais as hipóteses de locação que continuam regidas pelo Código Civil e por leis especiais, são elas: a) as locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; b) locações de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; c) locação de espaços destinados à publicidade; d) locação de apart-hotéis – residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; e, e) arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades.

A criação da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91) para regular de forma mais específica a locação de imóveis urbanos não se deu de forma aleatória, houve uma razão de ser. Venosa (2014, p. 189) leciona o seguinte a esse respeito: “Havia desequilíbrio nas relações de procura e oferta e crise na construção civil, em face do desestímulo ocasionado pelo amordaçamento dos alugueres”. Ainda nessa esteira Coelho esclarece que

Por se tratar de matéria sensível – em termos econômicos e sociais - a locação de imóvel residencial tem, na lei, uma complexa disciplina, que tenta compatibilizar, de um lado, a garantia de remuneração ao investimento do locador e, de outro, a proteção do contratante mais fraco – em geral, o locatário. (COELHO, p. 189, 2012)

Sendo a locação um dos contratos mais usados no Brasil, tendo em vista a dificuldade de que se observa em relação a aquisição da casa própria fazendo-se necessário buscar a locação como garantia de sua moradia e tendo em vista a prática recorrente de se investir na aquisição de imóveis para que se possa desfrutar dos alugueis veio a Lei do Inquilinato com a intenção de se dar mais segurança a essa relação jurídica tão usada no Brasil.

Nesse momento, é necessário conceituarmos o que é “imóvel urbano” para fins da referida lei. O qual não se extrai somente pela localização do imóvel, mas sim pela destinação dada ao mesmo pelo locador e pelo locatário, ou seja, ainda que o imóvel esteja localizado em zona urbana de um determinado município deve ser observada a sua destinação, pois uma vez explorada atividade econômica rural no mesmo, este será considerado imóvel rural.

No que tangem às garantias que pode ser dadas em garantia ao contrato de locação a Lei do Inquilinato, em seu artigo 37, elenca as possibilidades, sendo: a) caução; b) fiança; c) seguro de fiança locatícia; e, d) cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento. Sendo vedada a possibilidade de o locador exigir mais de uma modalidade de garantia.

Para explicitar a relevância da apresentação desse tópico nesse momento, vale ressaltar que com o advento da Lei de Inquilinato acrescentou-se o inciso VII, do art. 3º, da Lei n. 8.009/91 (Lei do Bem de Família) que exclui a possibilidade de o fiador alegar a impenhorabilidade de seu bem de família em execução ao contrato de locação garantido. Tal problemática será discutida em tópico próprio mais adiante, tendo tal observação objetivo, somente, de apresentar a relação íntima da Lei 8.245/91 com o tema abordado.

Feitos todos os apontamentos necessários com relação ao contrato de locação, vamos prosseguir em analisar o outro contrato que faz ensejar a relação jurídica em tela, sendo este o contrato de fiança. Figurando como contrato acessório que garante o contrato de locação em um eventual inadimplemento.

2.2 DO CONTRATO DE FIANÇA

2.1.1 Noções Gerais

As obrigações contratuais acordadas devem, obrigatoriamente, ser cumpridas e para isso, o credor da mesma, pode se utilizar de meios que garantam, em um eventual inadimplemento do devedor, que a dívida seja sanada, exigindo ou acordando acerca de uma garantia.

Essa garantia pode ser dada através de um bem pertencente ao devedor que é separado para que, havendo o inadimplemento, este venha suprir preferencialmente a obrigação. Nesses casos ocorre a chamada garantia real como, por exemplo, a hipoteca e o penhor.

Se não se fizer valer de uma garantia real pode o devedor valer-se de uma garantia pessoal, ou seja, o compromisso de um terceiro, estranho a relação jurídica, em assumir a dívida caso o devedor principal não venha cumprir com a obrigação acordada, nesse cenário surge a fiança.

2.1.2 Conceito e características do contrato de fiança

O conceito principal de contrato de fiança se extrai do que dispõe o artigo 818 do Código Civil que determina que no contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não cumpra. Nesse diapasão, Gonçalves (2014, p. 559) diz ser o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a pagar ao credor o que a este deve um terceiro. “Alguém estranho à relação originária, denominado fiador, obriga-se perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do crédito deste, caso não o solva o devedor” (GONÇALVES, p. 559, 2014). Coelho (2012, p. 261) conceitua contrato de fiança como aquele em que uma das partes (fiador) assume a obrigação perante a outra (credor ou beneficiário) de entregar a prestação devida por terceiro (devedor ou afiançado), caso este não o faça.

Pelos conceitos apresentados, algumas características despontam e é sobre elas que vamos tratar a seguir, sendo: acessoriedade, unilateralidade e gratuidade.

Quanto a acessoriedade, trata-se de contrato acessório, tendo em vista que figura como garantia de adimplemento a um negócio jurídico principal, sendo

imprescindível a existência deste. Existem, nestes termos, dois contratos: um principal firmado entre devedor e credor e outro acessório entre o credor e o fiador.

Não existe a fiança como um contrato que constitua por si mesmo. Invariavelmente, será acessório de outro vínculo contratual, como dispõe Coelho (2012, p. 261). Em virtude de ser um contrato acessório, o contrato de fiança seguirá a mesma sorte do contrato principal, ou seja, se a obrigação principal for nula ou extinta, também o será a fiança.

Outro ponto que se observa, em decorrência da acessoriedade, é que a fiança poderá ser de valor inferior e mesmo ser contraída em condições menos onerosas do que a obrigação principal, porém é vedada a possibilidade de ser dada em valor maior ou mais onerosa do que a dívida afiançada, ao passo que o acessório não pode ser maior, nem mais gravoso que o principal.

Dentro deste aspecto, deve-se fazer uma importante obrigação, concernente a subsidiariedade da obrigação no que se refere ao fiador que é tratada dentro da, acessoriedade, tendo em vista que aquela decorre desta. Pela subsidiariedade extrai-se que o fiador só será obrigado a cumprir com a prestação devida se o devedor principal não o fizer, salvo nos casos em que se estipular a solidariedade no contrato.

O contrato de fiança é unilateral tendo em vista que gera obrigações apenas ao fiador. Apesar de parte da doutrina entender ser este um contrato bilateral imperfeito, ao passo que, em caso de inadimplemento do devedor principal e adimplindo o fiador a obrigação, este se sub-roga nos direitos do credor principal em face daquele.

E, por fim, o contrato de fiança é gratuito, uma vez que a relação contratual entre fiador e credor originário gera vantagens para apenas uma das partes, o credor. Venosa (2014, p. 474) diz que “a fiança deve ser prestada de forma desinteressada”. Em complemento ao que foi dito Diniz (2014, p. 613) entende que o fiador não será, em regra, remunerado, mas apenas procurará ajudar o afiançado, pessoa em quem confia e que, espera, cumprirá a obrigação assumida.

A fiança se dará por contrato escrito, não se admitindo interpretação extensiva, ou seja, o fiador só se obrigará e, conseqüentemente, só responderá por aquilo que estiver estipulado em contrato, conclusão extraída do que preceitua o artigo 819 do Código Civil.

2.1.3 Requisitos

Em se tratando de requisitos, são de duas classes: subjetivos e objetivos.

Nos que tange aos requisitos subjetivos, tem-se como requisito a capacidade, que nesse caso será a capacidade genérica, ou seja, é necessário que o fiador possua capacidade de dispor livremente de seu patrimônio. Dessa forma, são impedidos de prestação fiança tanto os relativamente, quanto os absolutamente incapazes.

Nesse sentido, algumas pessoas, pelo ofício ou função que atuam, possuem restrições em seu direito de prestar fiança, como apresenta Gonçalves (2014, p. 563), por exemplo o leiloeiro, agentes fiscais, tesoureiros, tutores e curadores pelos pupilos e curatelados, entre outros. Ainda nessa esteira, vale salientar uma importante restrição nessa seara que trata da falta de legitimidade do cônjuge prestar fiança sem a anuência do outro. Para que um dos consortes assuma a condição de fiador será indispensável a outorga, concordância do outro, independentemente do regime de bens adotado pelo casal, salvo na hipótese de separação absoluta de bens, encontrando fulcro tal determinação no artigo 1.647, caput e inciso III, do Diploma Civil em vigor.

Dessa afirmação vale ressaltar três pontos. Primeiro, a ausência do referido consentimento do cônjuge torna o contrato anulável, podendo ser pleiteada no prazo de dois anos, contados do término da sociedade conjugal (art. 1.649, C.C.). Segundo, esse consentimento poderá, perfeitamente ser suprido pela via judicial caso haja recusa injustificada do outro cônjuge ou lhe seja difícil concedê-la (art. 1.648, C.C.). E, por fim, o terceiro ponto trata justamente da diferenciação de consentimento do cônjuge e fiança conjunta. O consentimento não gera obrigação ao cônjuge que outorga, consente, concorda com a garantia prestada pelo outro através da fiança, sendo assim somente os bens do real fiador poderão ser atingidos em uma eventual execução, ao passo que na fiança conjunta os dois se colocam na posição de fiador, assumindo, ambos, as obrigações inerentes ao contrato de fiança.

Quanto aos requisitos objetivos: a fiança, como contrato acessório que é, poderá ser dada como garantia a qualquer tipo de obrigação (dar, fazer ou não fazer), dependendo da existência do contrato principal e sua validade, seguindo a sorte do mesmo. Afirmado o exposto, Diniz (2014, p. 615) expõe que “a fiança

dependerá da validade e da exigibilidade da obrigação principal.”. Assim, se a obrigação principal for nula, nula será também a fiança.

A fiança pode ser dada como garantia a obrigações atuais ou futuras. Vale ressaltar que na última hipótese listada, a fiança só se efetivará quando a obrigação se tornar exigível, seguindo o princípio da acessoriedade. Nesse sentido, “o fiador não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor” (art. 821, C.C.). Tal preceito se dá, tendo em vista que “devido a acessoriedade, não poderá ser mais extensa do que a obrigação principal, quer no seu objeto, que em seus acidentes de modo e tempo.” (DINIZ, 2014, p. 616).

Outro pilar que norteia o contrato de fiança e decorre, também, do princípio da acessoriedade é a vedação expressa de que a fiança seja dada em valor mais alto ou em condições mais onerosas que a obrigação principal (art. 823, C.C.). Se assim ocorrer, poderá a fiança ser reduzida até que se torne compatível com a dívida principal.

Em relação aos requisitos formais, o contrato de fiança se dará, obrigatoriamente, de forma escrita e não admitirá interpretação extensiva, como dispõe o art. 819 do Código Civil. Uma vez que o referido diploma não especifica forma solene, poderá se dar por instrumento público ou particular. Por não admitir interpretação extensiva, como exposto acima, o fiador só responderá por aquilo que expressamente estiver entabulado no contrato de fiança.

2.1.4 Espécies de fiança

A fiança poderá ser convencional, legal ou judicial, como a seguir se expõe: convencional, também denominada contratual, é aquela que se dá por força de acordo celebrado entre as partes na forma escrita, obrigatoriamente; será a fiança judicial quando se der por força de lei, a exemplo dos artigos 1.400, 1.745, ambos do Código Civil, entre outros; e, por fim, será judicial, quando for imposta por juiz, seja de ofício ou a requerimento das partes, tem-se como exemplo as hipóteses do art. 475-O, 925, todos do Código Processo Civil, dentre outras.

2.1.5 Efeitos da fiança

Em se tratando dos efeitos da fiança, existem dois primas a que se analisar, sendo nas relações entre credor e fiador e nas relações entre devedor afiançado e fiador. Vamos a análise:

Nas relações entre credor e fiador não poderá o credor escolher exigir o pagamento do devedor ou do fiador, tendo em vista que, como já tratado acima, o fiador só se torna obrigado ao adimplemento da obrigação caso o devedor afiançado não o faça. Diniz (2014, p. 618) explica que o credor deverá dirigir-se contra o devedor principal, e somente se este não puder cumprir a obrigação assumida é que poderá procurar o fiador, em seu domicílio, para receber a prestação, tal como estipulado no contrato principal, exceto se se convencionaram condições menos onerosas.

Nesse sentido, o fiador goza do que se chama de benefício de ordem ou excussão, que garante a ele o direito de exigir que o credor acione o devedor principal em primeiro momento, para que este responda com seus próprios bens a princípio e só após ser frustrada a primeira alternativa se faça a execução dos bens pertencentes ao fiador, tendo por base a acessoriedade do contrato de fiança. “O benefício de ordem consiste, pois, na prerrogativa, conferida ao fiador, de exigir que os bens do devedor principal sejam executados antes dos seus.” (GONÇALVES, 2014, p. 566). O art. 827 do Código embasa legalmente o benefício de ordem ao dispor que “o demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.”.

A alegação do benefício deverá, como dispõe expressamente o dispositivo legal, ser alegada até a contestação da lide, encontrando tal diretriz amparo na necessidade que o legislador tem de resguardar o credor dos “caprichos do fiador” O Parágrafo Único do mencionado dispositivo legal acrescenta, ainda, que ao alegar o benefício de ordem deverá o fiador nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembaraçados, quantos bastem para solver o débito.

O credor só poderá exigir a fiança no termo fixado para a obrigação principal, quando passa a existir, de fato, a obrigação, ou seja, ela se torna exigível. Há para o fiador o direito de oferecer exceções à ação do credor, como por exemplo a nulidade da fiança pelo seu vício de consentimento.

A fiança pode ser prestada por mais de um fiador, o que pode gerar três diferentes situações. A primeira delas é a obrigação solidária, ou seja, todos os cofiadores são responsáveis solidariamente pelo adimplemento da dívida, caso o

afiançado não a possa adimplir, como expõe a primeira parte do art. 829 do Código Civil. Extrai-se da parte final do artigo acima mencionado e, também de seu Parágrafo único, a segunda hipótese incidente em relação a pluralidade de fiadores, qual seja, a possibilidade de entabular no contrato o benefício de divisão, onde cada fiador responderá somente pela parte proporcional que lhe couber no pagamento (CC, art. 829, Parágrafo Único). E, por fim, a terceira hipótese é a limitação da responsabilidade de cada um dos fiadores, onde “cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado” (CC, art. 830).

Nas relações entre devedor afiançado e fiador, este que paga integralmente a dívida sub-rogasse nos direitos do credor, mas poderá demandar a cada uma dos outros fiadores pela respectiva quota (CC, art. 831). Observado o exposto, entende-se que uma vez sanada a dívida pelo fiado, este passa a ocupar a posição de credor em face do devedor, ocorre aqui uma sub-rogação legal, instituída pelo art. 346, III, do Código Civil. Mas, em se tratando de pluralidade de fiadores na sua sub-rogação, cada um só poderá ser demandado na sua respectiva cota, ou seja, a responsabilidade passa a ser fracionada e caso haja algum fiador insolvente se distribuirá a sua parte para os demais.

Tem direito o fiador, no caso de exercer seu direito de regresso, aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais de mora (art. 832, CC) e, ainda, o direito a perdas e danos sobre o que pagou, bem como pelos que sofrer em razão da fiança (art. 831, CC).

Cabe ao fiador algumas prerrogativas antes do débito afiançado, como a possibilidade de promover a execução iniciada contra o devedor quando o credor, sem justa causa, não o fizer. Há, nessa hipótese, uma substituição processual, onde fica claro o interesse de agir do fiador, tendo em vista que um atraso na execução pode acarretar o insucesso da mesma e por fim ocasionando o constrangimento de seus próprios bens. Para que o fiador proceda de tal modo se fazem indispensáveis a demora injustificada por parte do credor da obrigação e a existência de uma execução já iniciada pelo credor em face do devedor.

Em caso de falecimento do fiador a obrigação passará aos seu herdeiros, mas a referida responsabilidade será limitada ao tempo decorrido até a sua morte, ou seja, “só responderá pela dívida do falecido afiançado, assumida antes do óbito”

(DINIZ, 2014, p. 618) e não ultrapassará as forças da herança, regra clara extraída do direito sucessório, com fulcro no art. 1.792 do Código Civil.

O Código Civil, em seu art. 835 dispõe que o fiador poderá se exonerar a qualquer tempo, sendo a fiança dada sem limitação de tempo, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança durante 60 dias após a notificação do credor. Os contratos em geral não podem obrigar uma pessoa eternamente, tornando-a prisioneira então, nessa linha de raciocínio, há a possibilidade de que o fiador resolva unilateralmente, com a ressalva de que permanecerá obrigação por ela no prazo de 60 dias, contados da notificação do credor.

Vale ressaltar, ainda, que a mencionada disposição se atem a fianças firmadas por tempo indeterminado, uma vez que na fiança dada por prazo determinado, espera-se que seja observado o contrato até o seu desfecho observância do contrato até o seu desfecho, sendo possível tal exoneração somente por motivos diversos ao apresentado nessa hipótese. Tal disposição também não se aplica às fianças prestadas em contratos de locação de Imóveis urbanos, que nesse caso rege-se pelo disposto no art. 39, da Lei n. 8.245/91.

De acordo com parágrafos 1º e 2º, art. 12, da Lei n. 8.245/91 é garantido ao fiador o direito de ser comunicado por escrito, no caso de sub-rogação da locação residencial pelo ex-cônjuge ou ex-convivente do locador, havendo separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável. Nesse caso, o fiador poderá exonerar-se da obrigação no prazo de 30 dias, contados do recebimento da comunicação feita pelo sub-rogado, continuando responsável durando 120 dias após a notificação, pelos efeitos da fiança.

2.1.6 Extinção da Fiança

A extinção da fiança, para Diniz (2014, p. 624), se dará por causas terminativas comuns às obrigações em geral ou por modos extintivos próprios à natureza da fiança.

A extinção da fiança por causas terminativas comuns à obrigação em geral ocorre quando: a) houver a extinção da obrigação principal por ela garantida; b) pelo pagamento direto, onde o credor é pago e a fiança (garantia) cessa ou pagamento indireto, como no caso da confusão onde fiador e devedor são a mesma pessoa; c) pela compensação; d) pela transação entre credor e devedor, que

exonerará o fiador; e, e) pela novação, sem a anuência do fiador, com o devedor principal. (DINIZ, 2014, p. 624)

Se dará por modos extintivos próprios à natureza da fiança quando houver cessado o prazo determinado para sua vigência, devidamente estipulado no contrato, e quando o mencionado prazo não houver sido estipulado segue-se a regra do art. 935, do CC, ou seja, poderá exonerar-se a qualquer tempo, ficando obrigado pelos efeitos da fiança por 60 dias, contados da notificação do credor. Dar-se-á, também, quando houverem exceções pessoais ou extintivas da obrigação, como dispõe o art. 837 do Diploma Civil vigente. Se opera a extinção quando incorrer, ainda que fiador solidário com o devedor, em alguma das hipóteses previstas no art. 838 do Código Civil, quais sejam: - se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor; - se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências; e, - se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a provê-lo por evicção. E, por fim, quando houver retardamento do credor na execução, gerando a insolvência do devedor (CC, art. 839).

3. BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Após terem sido sedimentadas as bases da relação jurídica observada neste trabalho, qual seja, o negócio jurídico celebrado entre locador e locatário no âmbito do contrato principal de locação e, ainda, o ingresso de um terceiro garantidor, denominado fiador, através do contrato acessório de locação, cumpre-nos observar um importantíssimo instituto jurídico chamado “bem de família”.

Se faz relevante pois, como exposto alhures, em caso de inadimplemento do locatário para com o locador ensejando em uma futura execução os bens do fiador poderão ser contristados, sem a possibilidade de se arguir a impenhorabilidade do bem de família. Nessa esteira, vamos analisar como se conceitua, se apresenta o bem de família no ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, quais são as principais influências de sua caracterização na relação jurídica em tela.

3.1 TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

3.1.1 Patrimônio

Antes de adentrarmos, especificamente, na Teoria do Patrimônio mínimo, precisamos observar o que é “patrimônio”. Gonçalves (2016, p. 234) conceitua patrimônio, a luz da teoria clássica ou subjetiva, como a “universalidade de direito, unitário e indivisível, que se apresenta como projeção e continuação da personalidade.”. Ainda, no que tange ao conceito de patrimônio entende-se ser este

a representação econômica da pessoa, vinculando-o à personalidade do indivíduo, em uma concepção abstrata que conserva durante toda a vida da pessoa, independentemente da substituição, aumento ou decréscimo de bens.” (GACLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 257)

Ambas correntes derivam da referida teoria clássica ou subjetiva, desenvolvida pela doutrina francesa, sendo esta a que prevalece na doutrina, enxergando o patrimônio de modo unitário e indivisível.

Trata-se, o patrimônio, em verdade, de uma projeção econômica de personalidade, razão pela qual todo ser humano o possui, único e indivisível, ainda que acentuado pelo seu lado negativo, sob pena de

rejeitar-se a própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988).” (AZEVEDO, 2011, p. 304)

Venosa (2014, p. 310) entende que o “patrimônio” é o “conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa.”

Por fim, Nader (2013, p. 262) entende por “patrimônio” a “constituição econômica da pessoa natural ou jurídica. Compõe-se pelo conjunto de relações jurídicas de conteúdo econômico em que a pessoa figura como titular de direitos subjetivos e de deveres jurídicos, alcançando, pois, o seu ativo e passivo”. Feitas as devidas considerações, no que tange ao instituto do patrimônio, se faz imperiosa a necessidade de abordarmos, especificamente a Teoria do Patrimônio Mínimo, como se faz a seguir.

3.1.2 Fundamentos da Teoria do Patrimônio Mínimo

Nota-se que o “patrimônio” possui extensões muito maiores a que somente ativo, passivo, valor pecuniário, entre outra coisa, ganha proporções mais extensas, sendo interpretado atualmente como maneira de se garantir e efetivar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que encontra fulcro no art. 5º, III, de nossa Carta Magna, entendendo-se que a pessoa humana deve estar acima do valor patrimonial.

Nesse sentido, Farias e Rosenvald (2015, p. 450) afirmam ser “imperioso despatrimonializar as relações jurídicas, sendo mister afirmar o ser sobrepujando o ter.” Em suma, todas as relações jurídicas devem resguardar e garantir a dignidade da pessoa humana.

Para efetivação do mencionado projeto, fez-se necessária uma releitura dos institutos do Direito Civil, ou seja, uma “repersonalização do direito civil”, para que tal proteção fosse devidamente concretizada, no sentido de, efetivamente, se despatrimonializar as relações jurídicas, objetivando-se resguardar a dignidade da pessoa humana, como bem expõe Luis Edson Fachin, em sua grande obra “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, entendendo que a repersonalização “trata-se de revisitar, de algum modo, a ideia de que o ser humano é dotado de dignidade, e que constitui fim em si próprio.”.

A doutrina se posiciona no sentido de que

Através da teoria do reconhecimento do direito a um patrimônio mínimo, institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados, rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa humana, como um aspecto essencial para o reconhecimento de sua dignidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 426)

Ainda com relação à essa despatrimonialização em face da proteção constitucional dada a dignidade da pessoa humana, entende Fachin (2016) que o Direito Civil continua e se mantém como ramo do Direito Privado, mesmo colocando suas bases em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, trazido a baila em virtude do tema abordado, e que ramo do direito acima mencionado, “tradicionalmente se ocupa do sujeito proprietário, construído pela abstração dos conceitos, passa a se ocupar do sujeito concreto, que vale pelo que é, sem que precise, para adquirir relevância para o Direito Privado, ser qualificado pelo “ter”.

Pelo delineamento que toma o presente trabalho, faz-se imperioso mencionar o entendimento de Chaves e Rosenvald (2015, p. 426), no sentido de que “Justifica-se esse posicionamento (repersonalização e despatrimonialização) uma vez que a pessoa humana é o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio. Assim, as regras jurídicas criadas para as mais variadas relações intersubjetivas devem assegurar permanentemente a dignidade da pessoa humana. Para tanto, é necessário ultrapassar as fronteiras dos direitos da personalidade para buscar, também os direitos patrimoniais, a afirmação da proteção funcionalizada da pessoa humana.”

Analisando-se as situações e teses jurídicas acima expostas, à luz do aludido princípio constitucional, nasce o que se chama de Teoria do Patrimônio Mínimo, “segundo a qual toda pessoa tem direito ao domínio de bens materiais, que torne possível a sua sobrevivência digna.” (NADER, 2013, p.267).

Ainda nesta esteira, entende-se que o Patrimônio Mínimo, “compreende-se como baluarte da dignidade humana, o espaço das coisas que, embora possam se prestar ao uso, ao empréstimo, jamais poderão ser alienadas, porque fundamentais aos imperativos de uma vida digna da pessoa no meio social. (SOLLA, 2010)” Vale ressaltar que a terminologia “mínimo”, dentro do contexto abordado, não quer, de maneira nenhuma, denotar a menor fração de bens, mas sim o mínimo necessário para que o indivíduo possa gozar de uma vida digna perante a sociedade, conhecido

como o Mínimo Existencial, que tem por escopo afirmar a dignidade da pessoa humana.

Ante tudo que foi exposto a Teoria do Patrimônio Mínimo se exterioriza no direito brasileiro através, por exemplo, da proteção ao bem de família (Lei n. 8.009/90 c/c art. 1.711 a 1.722 do CC), com o óbice da prodigalidade, vedada a doação da totalidade do patrimônio, vedada a doação da totalidade do patrimônio, sem que se resguarde um mínimo (CC, art. 548) e com a previsão da impenhorabilidade de determinados bens (CC, arts. 648 e 649).

Ante ao tema abordado no presente trabalho e reconhecendo a importância de cada uma das situações jurídicas apresentadas no parágrafo anterior, vamos nos ater ao instituto jurídico “bem de família”.

3.2 NOÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS

O “bem de família” nasceu na República do Texas, com a denominação de *homestead*, em razão de grave crise econômica que assolou os Estados Unidos da América. Nesse cenário, em 26 de janeiro de 1839, promulgou-se uma lei (*Homestead Exemption Act*) “permitindo que ficasse isenta de penhora a pequena propriedade, sob a condição de sua destinação à residência do devedor.” (GONCALVES, 2016, p. 578) com o objetivo de “incentivar o reaquecimento da economia, e, bem assim, facilitaria a colonização do Estado do Texas, fixando o homem à terra.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 350)

Grande foi o êxito alcançado pela criação do *homestead* em 1839, no Texas que “o instituto foi adotado por outros Estados da nação norte-americana, tendo ultrapassado suas fronteiras.” (VENOSA, 2014, p. 419)

No Brasil, tal princípio embasa o benefício garantido ao pequeno produtor, estampado no art. 5º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, afirmando que “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora pra pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

O “bem de família”, como instituto, foi introduzido no direito brasileiro pelo Código Civil de 1916, mais precisamente no Livro II do mencionado Diploma, intitulado “DOS BENS”. Havia, também, o Decreto-Lei n. 3.200, datado de 19/04/1941, que ao lado do Código Civil tratava do tema em questão, abordando

temas como: valores máximos dos imóveis; disciplinando o modo de instituição e de extinção do bem de família, bem como os procedimentos necessários.

Dispositivos como a Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), em seus arts. 260 a 265 e, ainda, o Código de Processo Civil de 1973, em seus art. 1.218, VI, também cuidavam do “bem de família”.

A modalidade do bem de família legal ou involuntário, que será abordada de forma aprofundada mais a diante, foi criada com o advento da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. É legal ou involuntário, ao passo que o próprio Estado impõe, por meio de norma de ordem pública, com objetivo de defender a entidade familiar.

E, por fim, adveio o Código Civil de 2002, que “sensível à finalidade de proteção aos cônjuges ou companheiros e filhos, situou-o com mais adequação no Direito de Família, arts. 1.711 a 1.722.” (NADER, 2013, p. 484)

Por tudo o que foi dito conclui-se que no Brasil, “coexistem na legislação civil, atualmente, duas espécies de bem de família, ambas incidindo sobre bens imóveis, e móveis àqueles vinculados: a) o voluntário, decorrente da vontade dos cônjuges, companheiros ou terceiros; e b) o involuntário ou obrigatório, resultante de estipulação legal (Lei n. 8.009/90).” (GONÇALVES, 2016, p. 580)

3.3 CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA

Paulo Lôbo entendendo como bem de família

O imóvel destinado à moradia da família do devedor com os bens imóveis que o garantem, que não pode ser objeto de penhora judicial para pagamento de dívida. Tem por objetivo proteger os membros da família que nele vivem da constrição decorrente da responsabilidade patrimonial, que todos os bens econômicos do devedor ficam submetidos, os quais, na execução, podem ser judicialmente alienados a terceiros ou adjudicados ao credor. O bem ou os bens que integram o bem de família ficam afetados à finalidade de proteção da entidade familiar. (LÔBO, 2015, p. 362)

Nesse diapasão, Venosa afirma constituir-se o bem de família de “uma porção de bens que a lei resguarda com os característicos da inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar.” (VENOSA, 2014, p. 419)

No que tange, ainda, ao conceito de “bem de família”, vale frisar que, para Donizetti e Quintella, o instituto em epígrafe consiste no

Conjunto de bens que servem de moradia à pessoa ou à família, incluindo o imóvel com suas acessões, bem como os móveis que o guarnecem, e que não pode ser penhorado. (DONIZETTI; QUINTELLA, 2015, p. 1100)

Dos conceitos acima expostos extrai-se outro princípio constitucional norteador do instituto “bem de família”, qual seja, o direito à moradia, consagrado pelo art. 6º, da Constituição Federal que elenca um rol de direitos sociais, ou seja, direitos indispensáveis à pessoa humana. Tal direito tem tanta relevância que figura, no referido dispositivo da Carta Magna, ao lado de direitos como: educação, saúde, alimentação, trabalho, transporte, lazer, segurança, entre outros.

Nesse contexto entende-se moradia como

Direito mais amplo que o de propriedade ou domínio do bem, oponível ao Estado, à sociedade e às pessoas. O direito ao crédito não lhe pode sobrepujar. Este é o fundamento constitucional geral da imunização da moradia à penhora. (LÔBO, 2015, p. 362)

Dessa forma, ainda que, no Brasil, a responsabilidade pelo inadimplemento de uma obrigação seja de cunho patrimonial, como expõe o art. 789, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) e art. 391, do Código Civil de 2002, tal responsabilidade é limitada pelos direitos constitucionais acima trabalhados, com o escopo de reservar ao indivíduo condições de uma vida digna perante a sociedade através de sua moradia, que não poderá ser penhorada em uma eventual execução. Logo, o bem de família figura como uma exceção a responsabilidade patrimonial, devidamente mencionada acima, que vigora no Brasil.

3.4 NATUREZA JURÍDICA DO BEM DE FAMÍLIA

No que tange a natureza jurídica do presente instituto, entende Venosa tratar-se

Da destinação a afetação de um patrimônio em que opera a vontade do instituidor, amparada pela lei. É uma forma de tornar o bem como coisa fora do comércio, em que são combinadas a vontade da lei e a vontade humana.” (VENOSA, 2014, 421)

Farias e Rosenvald afirmam 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.” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 453)

3.5 BEM DE FAMÍLIA LEGAL E BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL

Feitas as considerações gerais concernentes ao “bem de família”, vamos trabalhar como se dá, de forma prática, este instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Existem atualmente no Brasil uma “dualidade de regimes”, como bem dispõe Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, admitindo-se, então, duas modalidades de bem de família: (i) o bem de família convencional, disciplinado pelo Código Civil nos arts. 1.711 a 1.722; (ii) o bem de família legal ou obrigatório, tratado na Lei n. 8.009/90. (FARIAS; ROSENVALD, 2015; 451) De posse desta informação analisaremos separadamente cada um deles, a partir de agora.

3.5.1 Bem de Família Convencional

A instituição do bem de família convencional, também chamado de voluntário, tem caráter preventivo, uma vez que “não pode ser instituído com intuito de imunizar seu patrimônio de penhora relativamente a débitos já constituídos. Sua proteção dirige-se ao futuro.” (LÔBO, 2015, p. 370) Tal instituição será feita, nos termos do art. 1.711 do Código Civil de 2002, pelos

Cônjuges (ou companheiros) ou à entidade familiar, devendo-se compreender, pela expressão, qualquer membro da família que resida no imóvel. Admite-se, também, a remota hipótese de o bem de família ser instituído por um terceiro, no ato da doação do imóvel à família, ou em testamento, sujeitando-se a eficácia da instituição à aceitação dos beneficiários (art. 1.711, parágrafo único). (DONIZETTI, QUINTELLA, 2015, p. 1102)

Paulo Lôbo destrincha de forma clara a maneira com que se dá essa instituição do bem de família voluntário, afirmando serem três as possibilidades, como segue:

- a) mediante escritura, lavrada em cartório de notas, na qual o instituídos enuncia os bens imóveis e móveis que constituirão, em conjunto, o bem de família – se for casado, haverá necessidade da instituição conjunta do outro cônjuge, salvo se os bens forem particulares, ou o regime matrimonial de bens for o de separação;
- b) mediante testamento, no qual o herdeiro ou legatário será o destinatário e beneficiário dos bens, e desde que os aceite, com a qualificação de bem de família; e

c) por liberdade de terceiro, mediante escritura de doação ou testamento, com a aceitação expressa não apenas do beneficiário, mas de seu cônjuge, quando for casado. (LÔBO, 2015, p. 370)

A instituição do bem de família convencional se dá pelo registro do título constitutivo no Registro de Imóveis competente, como se extrai do art. 1.714, do Código Civil.

Existe uma divergência doutrinária quando a validade dos dispositivos da Lei de Registros Públicos que disciplinam a publicidade da escritura pública de instituição do bem de família, uma vez que uma parte sustenta estarem esses dispositivos derogados ao passo que o atual Código Civil disciplinou o tema “bem de família” por inteiro e não mencionou a necessidade da referida publicidade, como por exemplo, Paulo Lôbo; enquanto que a outra parte sustenta que as normas elencadas na Lei n. 6.015/73 são de caráter especial e, por isso, não são alcançadas pelo Código Civil, como, por exemplo Paulo Nader.

Vale ressaltar ainda, importante limitação objetiva a instituição do bem de família convencional ou voluntário, que trata do valor do bem afetado, que não poderá ultrapassar o valor de um terço do patrimônio líquido do casal ou da entidade familiar instituidora (CC, art. 1.711). Destarte, só será possível instituir o bem de família voluntário

Se o interessado declarar, na escritura pública, ou no registro imobiliário, no caso de testamento ou doação, que é titular de outros bens imóveis que correspondem a, pelo menos dois terços de seu patrimônio mínimo. (LÔBO, 2015, p 370)

Já Venosa afirma que

É inconveniente a oneração de todo o patrimônio do interessado. É desvantajoso para a sociedade e para o próprio instituidor a oneração de seu único imóvel, porque isso dificultará sua vida negocial: não poderá contrair empréstimos de vulto, pois as instituições financeiras pedirão outras garantias. (VENOSA, 2014)

Nesse sentido, Gonçalves (2016, p. 581 e 582) entende que só haverá necessidade de sua criação pelos meios acima mencionados – pela forma voluntária – quando o casal ou entidade familiar possuir vários imóveis, utilizados com residência, e não desejar que a impenhorabilidade recaia sobre o de menor valor.

Ainda, no que toca a instituição voluntária do bem de família, é necessário que se trate sobre a legitimidade, ao passo que o art. 70 do Código Civil de 1916 apresentava a seguinte redação:

É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento da execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio”. Ocorre que no Código Civil de 2002, o legislador “autoriza a instituição do bem de família não apenas pelo casal, mas também pela entidade familiar (união estável, família monoparental) e por terceiro (este, por testamento ou doação, poderá instituir o bem de família, dependendo a eficácia da cláusula da aceitação expressa de ambos os cônjuges ou da entidade familiar beneficiada). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 352)

O bem de família convencional “recai sobre a edificação, suas “pertencas e acessórios”, além de valores mobiliários, cuja renda se destine à conservação do imóvel urbano ou rural”, de acordo com a redação do art. 1.712 do Código Civil de 2002. (NADER, 2013, p. 484) Donizetti e Quintella (2015, p. 1102) afirma que o acervo em que se fundamente o bem de família convencional equivale ao “prédio residencial ou urbano, com as respectivas pertencas e acessórios, desde que se destinem ao domicílio familiar, bem como valores mobiliários cuja renda seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família”.

Nesse momento, vale lembrar da limitação imposta a essa modalidade de instituição do bem de família, quanto ao valor, que não poderá exceder a um terço do patrimônio líquido do instituidor à época da instituição, como já delineado alhures.

Quanto aos efeitos, consagrou-se “uma impenhorabilidade limitada e uma inalienabilidade relativa”. Trata-se uma impenhorabilidade relativa, uma vez que o bem é excluído da execução por dívidas posteriores a sua instituição, “salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas do condomínio” (CC, art. 1.715). Para Venosa (2014, p. 431) a referida impenhorabilidade é “tão somente accidental” e além de não prevalecer contra débitos tributários relativos ao imóvel, não prevalecerá, ainda, “no caso de fraude contra credores ou em detrimento do débito anterior”.

Estamos diante de um inalienabilidade relativizada, tendo em vista que

Uma vez instituído o bem de família, o imóvel destinar-se-á ao domicílio da família, e a sua alienação ficará na dependência da

concordância de todos os interessados e de seus representantes legais, ouvido o Ministério Público. A este caberá, tão somente, constatar o assentimento dos interessados. (NADER, 2013, p.490)

Em se tratando da administração do bem de família convencional ou voluntário, leciona Sílvio de Salvo Venosa que tal encargo

Compete a ambos os cônjuges, salvo disposição em contrário no ato de instituição, resolvendo o juiz em caso de divergência (art. 1.720). Esse mesmo dispositivo, no parágrafo único, indica o filho mais velho para prosseguir na administração, se for maior, ou, no caso, seu tutor, com o falecimento de ambos os consortes. Poderá não ser a solução mais conveniente para o caso concreto, decidindo o juiz, conforme a situação. Não sendo oportuno e conveniente que o filho mais velho seja o administrador, caberá ao juiz verificar, dentre os membros da família, preferentemente residentes no local, qual o possui melhores condições para a função. (VENOSA, 2014, p. 438)

O bem de família voluntário extingue-se com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que estes não estejam sujeitos a curatela, como preconiza o art. 1.722 do atual Diploma Civil. Corretamente se posiciona Carlos Roberto Gonçalves ao afirmar que a referida regra

Preserva os interesses da família, em razão da finalidade para que foi criado, até a sua natural dissolução pelo falecimento de ambos os cônjuges ou companheiros e maioria dos filhos, perdurando, entretanto, caso, haja filhos sujeito à curatela. Neste caso cabe a administração ao curador. (GONCALVES, p. 358, 2016)

Nesta esteira, vale ressaltar que a dissolução do vínculo conjugal ou, até mesmo, a morte de um dos cônjuges ou companheiros não extingue o benefício, permanecendo este. Nasce, porém, em caso de morte de um dos cônjuges ou companheiros, a faculdade de que o sobrevivente requeira a extinção do bem de família sobre determinado imóvel, caso lhe pareça mais razoável.

3.5.2 Bem de família legal

3.5.2.1 Conceito

Superadas as devidas considerações que mereciam análise, em se tratando de bem de família voluntário, vamos prosseguir na análise da segunda modalidade

de bem de família em direito admitia, sendo esta, o bem de família legal ou obrigatório. Como vimos acima, o bem de família voluntário ou convencional, devidamente elencado no Código Civil, restringe o referido instituto às pessoas mais ricas (LÔBO, p. 363), tendo em vista que o mesmo só poderá ser instituído sobre um terço do patrimônio do interessado.

Nesse diapasão, ganha força, então, o instituto do bem de família legal ou obrigatório, regulamentado e abordado pela Lei n. 8.009/90, uma vez que, estando o imóvel residencial que serve de moradia, por força de lei, isento de penhora, não há necessidade de o titular do imóvel se valer do custoso procedimento para estabelecer o bem de família (VENOSA, p. 424)

O bem de família legal se diferencia do convencional, pois é obrigatório, imposto pelo próprio Estado, por norma de ordem pública, com o escopo de se defender a entidade familiar. “Por isso, é indisponível e irrenunciável, não podendo tal bem ser dado em garantia de dívida, exceto nas hipóteses previstas expressamente em lei. (PEREIRA, 2015)”. Assim, “a instituição do bem de família legal, oficializa-se pelo simples fato de a família residir no imóvel de sua propriedade, seja este urbano ou rural. Não há qualquer exigência.” (NADER, 2013, p. 491)

3.5.2.2 Objeto

Apresenta-se como objeto de proteção do bem de família legal ou involuntário o imóvel próprio do casal, da entidade familiar ou da família monoparental, além dos bens que guarnecem a residência. Tal preceito extrai-se do que apresenta o art. 1º, da Lei Especial que trata do mencionado instituto que diz:

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. (Lei n. 8.009, art. 1º)

Em, suma, qualquer imóvel, seja ele rural ou urbano, que se encontre devidamente habitado por seu proprietário, seja sozinho ou em companhia de sua família, será impenhorável e não poderá ser objeto de constrição que decorra de nenhuma modalidade, via de regra, acima citada. Vale ressaltar que, como denota o

próprio texto de lei, o imóvel objeto desta proteção “é apenas o que pode ser habitado, pressupondo construção com finalidade residencial (casa ou apartamento), o que se afasta a terra nua ou o terreno não edificado.” (LÔBO, p. 364, 2015)

Na modalidade de bem de família em tela, ocorre o que Farias e Rosenvald (p. 459) chama de “alargamento do objeto”, isso porque a impenhorabilidade atinge não só o imóvel, mas se estende e alcança as suas acessões, ou seja, suas construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos (inclusive profissionais), além de acobertar os móveis que guarnecem o lar, com a condição de que estejam devidamente quitados (Lei n. 8.009/90, art. 1º). Excluem-se da impenhorabilidade, nos termos do art. 2º da mesma lei acima mencionada, os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Importante ressalva faz o parágrafo único, do art. 2º da Lei n. 8.009/90 ao dispor que, em se tratando de imóvel locado, a impenhorabilidade alcançara os bens móveis de propriedade do locatário que guarneçam a casa, desde que quitados. Tal casuística tem suma importância, ao passo que, via de regra, o bem de família legal tem por objeto imóvel, mas aqui o seu objeto de proteção são bens móveis, exclusivamente. Esse entendimento se dá por análise mais abrangente do “direito à moradia”, tendo em vista que o mesmo poderá ser exercido tanto em imóvel próprio, quando em imóvel alugado, como casualmente se vê no Brasil.

Em casos onde o proprietário ou a entidade familiar possuir mais de uma residência, “dos imóveis em que reside será impenhorável apenas o de menor valor (Lei n. 8.009/90, art. 5º, parágrafo único)”. (COELHO, 2014, p. 30)

Ou seja,

A impenhorabilidade recairá não sobre qualquer deles, mas sobre o de menor valor, o que também consulta os interesses dos credores, salvo de o devedor destinou um de valor maior como bem de família voluntário, assim registrado no registro de imóveis. (LÔBO, p. 366, 2015)

Diferentemente do caso apresentado acima, onde a entidade familiar possui duas ou mais residências, ou seja, exerce moradia eventual no imóvel em questão, sendo impenhorável o imóvel de menor valor. Quando a aquela (entidade familiar) ou o solteiro possuir mais de um imóvel, poderá ser impenhorável apenas um deles, sendo este, o que for efetivamente habitado por seu proprietário, uma vez que esse é um dos requisitos para configuração do bem de família legal.

Nesse momento, há que se fazer uma ressalva quanto ao que dispõe o STJ, em seu entendimento expresso na Súmula 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 moradia da sua família”. Na presente casuística nos deparamos com o que é chamado pela doutrina de bem de família indireto, ficando resguardado o imóvel, ainda que a família não resida neste, de fato, mas dele extraia condições para sustento de entidade familiar.

3.5.2.3 Beneficiários

Uma vez que o instituto do bem de família legal busca resguardar e garantir o direito à moradia, garantido pela Constituição Federal, como bem sedimentado assim, “os destinatários do benefício legal são as entidades familiares: cônjuges, companheiros e família monoparentais (pai e filhos; mãe e filho; irmãos)”, entendendo, ainda, o STJ que o único morador do imóvel (solteiro) também poderá se beneficiar do benefício da impenhorabilidade (NADER, p. 492), sendo tal entendimento impresso no teor da Súmula 364, in verbis: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

REsp. nº 625885/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior: Processual civil. Execução. Penhora. Bem de família. Ocupação unicamente pelo próprio devedor. Extensão da proteção dada pela Lei no 8.009/90. I – Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do STJ (REsp. nº 182.223/SP, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.04.2003, por maioria), considera-se como ‘entidade familiar’, para efeito de impenhorabilidade de imóvel baseada na Lei no 8.009/90, a ocupação do mesmo ainda que exclusivamente pelo próprio executado. II – Ressalva do ponto de vista do relator. III – Recurso especial conhecido e provido, para afastar a penhora. (J. em 17.11.2005, pub. em 12.12.2005, DJ, p. 391.)

3.5.2.4 Extinção

No que tange a extinção do bem de família legal, Lôbo (p. 366, 2015) afirma que, por não depender da vontade dos beneficiários nem de ato de instituição, o mesmo não se extingue por razão especial.

Sua extinção apenas se dá, em relação à entidade familiar, quando o imóvel for alienado. Enquanto não for alienado e sobreviver membro da entidade familiar que o habite, como seu remanescente, será impenhorável. Quando for alienado a outra entidade familiar, desde que o ocupe para fins residenciais, constitui-se automaticamente novo bem de família. (LÓBO, p. 366)

3.5.2.5 Exceções a impenhorabilidade

Por fim, vale ressaltar que em algumas situações específicas a impenhorabilidade do bem de família legal não pode ser arguida, estando tais hipóteses elencadas – em rol taxativo – no art. 3º da Lei n. 8.009/90, que elenca as seguintes hipóteses em que a impenhorabilidade não poderá ser oposta em processos movidos: a) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; b) pelo 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; c) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; d) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; e) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; e, por fim, f) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Essa limitação à regra de ser impenhorável o bem de família do eventual executado, assegurando-lhe o direito à moradia, preservando sua dignidade através de um patrimônio mínimo necessário, se justifica, ao passo que “em determinados casos, a natureza especial da dívida não justifica a impenhorabilidade do bem, permitindo a sua regular execução, com o propósito de assegurar a dignidade do titular do crédito.” (FARIAS; ROSENVAD, p. 470)

Dentre todas as hipóteses mencionadas acima, vale ressaltar a última, que diz respeito a impossibilidade de o fiador opor a impenhorabilidade de seu bem de família, em face de execução movida pelo locador, uma vez que se fez inadimplente o devedor principal, qual seja, o locatário. Tal destaque se faz necessário, ao passo que tal dispositivo (art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90) se extrai a problemática do

presente trabalho, isso porque existe grande divergência quanto a constitucionalidade ou não do referido dispositivo, que foi acrescentado pelo art. 82, da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato).

Sobre essa questão começaremos a tratar a partir de agora, apontando qual seria o posicionamento mais correto, à luz dos princípios constitucionais norteadores do bem de família, todos tratados ao longo do presente texto.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

De posse de todas as informações apontadas e esmiuçadas ao longo do presente trabalho, cumpre-nos trabalhar o cerne do mesmo, qual seja, a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação, possibilidade esta, expressamente prevista no inciso VII, art. 3º, da Lei Especial de proteção ao bem de família legal, sendo tal inciso, como já mencionado alhures, acrescido à Lei n. 8.009/90 pela Lei n. 8.245/91, mais especificamente em seu art. 82.

Vamos a partir de agora, analisar de forma aprofundada quais são os posicionamentos doutrinários a respeito da referida problemática, apontando quais os fundamentos da presente tese, que sustenta a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Nesse sentido:

quando da promulgação da Lei n. 8.009/90, a contratação de fiança não excluía a proteção dada pelo bem de família. O imóvel residencial do fiador estava isento da constrição judicial. Todavia, o art. 82 da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91) acrescentou o inciso VII ao art. 3º da lei ora em estudo, objetivando viabilizar as locações em geral, sem distinguir entre locações residenciais e não residenciais. Passaram os tribunais, então, a decidir: “É válida a penhora do único bem do garantidor do contrato de locação, posto que realizada na vigência da Lei n. 8.245/91, que introduziu, no seu art. 82, um novo caso de exclusão da impenhorabilidade do bem destinado à moradia da família, ainda mais quando a fiança fora prestada anteriormente à Lei n. 8.009/90. (GONCALVES, 2016, p. 596)

Contudo, a regra prevista no inciso VII do artigo 3º da lei da impenhorabilidade do bem de família, teima em afrontar a Constituição a fim de colocar em primeiro plano os interesses econômicos do mercado imobiliário com o escopo de alavancar cada vez mais seus negócios, este, a seu turno, focados nos interesses de uma minoria, muito provavelmente decorrentes de lobby¹.

Nessa senda, mister dizer que, este argumento baseia-se e ganha força na medida em que se toma conhecimento que esta hipótese somente veio a fazer parte da lista de tais exceções, quase dois anos após a promulgação da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, por ocasião da sanção da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 (a Lei do

¹ **Lobby** - pessoa ou grupo que tenta influenciar os congressistas (deputados e senadores) a votar projetos de seu interesse, ou de grupos que representam. (Dicionário Michaellys)

Inquilinato), que, através de seu artigo 82 acresceu o dito inciso à Lei da Impenhorabilidade. (WEISSHEIMER, 2015)

Diante do referido contexto apresenta-se o seguinte cenário:

A fiança protege o locatário do despejo e assim evita que ele perca a moradia. No entanto, a moradia daquele que gratuitamente concede essa garantia ao locatário não se preserva, já que a configuração do seu bem para tutela pessoal não se opõe ao locador que exige o seu crédito. (ALMEIDA, 2012, p. 527)

Em suma, “se o fiador for demandado pelo demandado pelo locador, visando à cobrança dos aluguéis atrasados, poderá o seu único imóvel residencial ser executado, para a satisfação do débito do inquilino”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 404)

Aqui, vale relembrar importante informação exaustivamente abordada no primeiro capítulo, qual seja, a acessoriedade do contrato de fiança em relação ao contrato de locação. No contrato de fiança um terceiro, denominado fiador assume a obrigação de pagar a dívida, se o devedor principal não o fizer.

Nesse diapasão, Gagliano e Pamplona Filho questionam ser razoável garantir o cumprimento dessa obrigação (essencialmente acessória) do fiador com o seu único bem de família? Seria tal norma constitucional?” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 404) E, concluem o seguinte:

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. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 404)

4.1 FUNDAMENTAÇÃO DA TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE

De pronto, é necessário reafirmarmos que a Constituição Federal serve de parâmetro para todas as demais leis no ordenamento jurídico, ou seja, “a supremacia da Constituição é a especial característica que lhe confere predominância sobre as demais normas jurídicas, subordinando-as aos seus comandos.” (FILHO, SLAIBI, 2009, p. 3) Seguindo essa esteira, Luís Roberto

Barroso afirma o seguinte: “A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se dor com ela incompatível.” (BARROSO, 2014, p. 109)

Partindo dessa premissa e em análise a presente casuística, Almeida e Rodrigues Júnior (2012, p. 527) afirmam ser “flagrante o tratamento desproporcional, em prioridade à moradia do locatário e em detrimento da do fiador, flagrante é a inconstitucionalidade dessa exceção legal”. Nesse mesmo contorno, Farias e Rosenvald (2015, p. 472) sustentam uma evidente inconstitucionalidade do conteúdo trazido no inciso VII, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90, entendendo que este viola o princípio da isonomia, tratando desigualmente duas obrigações que têm o mesmo fundamento.

A análise em tela deve ser feita à luz do Direito Civil Constitucional, tendência no ordenamento jurídico brasileiro atual e devidamente trabalhada no tópico que trata de “Teoria do Patrimônio Mínimo”, e dela conclui-se que tal dispositivo de lei, como defendem Gagliano e Pamplona Filho, viola o Princípio da Isonomia, insculpido no art. 5º da Constituição Federal, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 404 apud SILVA)

Há que se falar, ainda, na violação do Princípio da Proporcionalidade, uma vez que “o fiador perde o bem de família e, em direito de regresso, não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal.” (TARTUCE, 2015, p. 625) O princípio da proporcionalidade, associado de forma direta à razoabilidade, no sentido de se reprimir e proibir os excessos, cuida para que haja proporção, equilíbrio, entre a norma e os meios que esta designa para atingir o fim a que se destina (compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução, de maneira menos nociva aos direitos para tanto, ainda que seja necessário restringir direitos). Sidnei Amendoeira, ao discorrer sobre o referido princípio, expõe um contexto que se encaixa perfeitamente ao presente caso: “O legislador não está liberto de limites ao elaborar as normas, mormente quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamente.” (AMENDOEIRA, 2012, p. 104)

Como bem delinea Carli (2008), trazendo a premissa de que, consoante ao que determina o Princípio da Proporcionalidade, ao exigir que os atos legislativos e administrativos se adequem entre os fins almejados e os meios utilizados, para o texto do bem de família, o qual prevê a penhora do único bem do fiador

Verifica-se, de pronto, que o legislador não foi razoável, uma vez que utilizando-se de argumento consequencialista econômico, no sentido de que a referida medida legislativa resolveria o problema do acesso à locação, e, por conseguinte, à moradia – menosprezou o sujeito de carne osso e desconsiderou seu patrimônio mínimo: consubstanciado na garantia de um mínimo existência e na realização do direito humano fundamental à moradia. Somente, por este aspecto, já se poderia sustentar, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, a invalidação e a ineficácia da norma de exceção prevista na Lei n. 8.008/90. (CARLI, 2008)

Resta prejudicado, ainda, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, esculpido no art. 1º, inciso III, da Lei Maior, ao passo que não se resguardou o mínimo existencial necessário à pessoa do fiador. Nesse sentido, Andrea Farias Guedes aponta: “Ao abordar-se a situação do fiador de contrato de locação de imóvel, que por determinação legal tornou sua única moradia passível de penhora, verifica-se que o Estado, como membro atuante no sentido de promover a dignidade da pessoa humana, acaba por agir contra o Princípio que serviu como base a Constituição de 1988.” (GUEDES, 2016)

Nota-se, pela análise do texto legislativo em tela, flagrante violação ao Direito à Moradia, que tem caráter de direito fundamental, firmado pelo disposto no art. 6º de nossa Carta Magna. Acerca do direito a moradia, importante lição nos traz José Afonso da Silva, que entende como o direito à moradia “não equivale, necessariamente, ao direito à casa própria, mas que remonta a ideia de permanecer ocupando, com habitualidade, uma edificação. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente.” (SILVA, 2005, p. 314)

O direito de moradia ganhou status constitucional de direito fundamental com o advento da Emenda Constitucional n. 26, datada de 14 de fevereiro de 2000, que alterou o art. 6º da CF, devendo ser tutelado pelo Estado, ao passo que garante dignidade social ao indivíduo. Nessa estrada, Chiarini Júnior (2000) expõe o entendimento de alguns, no sentido de que o art. 6º da CF trata-se de “norma de conteúdo meramente programático e que não possui força suficiente para exigir-se uma prestação positiva do Estado no sentido de garantir moradia a todos os

indivíduos”. E continua, afirmando, não se tratar de se exigir uma prestação positiva do Estado para conferir moradia aos indivíduos, mas, somente, de impedir que o Estado, por ato seu, desrespeite e impeça o livre exercício pelo indivíduo de seu referido direito à moradia.

No caso em debate, o direito à moradia é um direito social identificado, por sua vez, no rol dos direitos fundamentais, tanto àqueles expressos no texto constitucional, quanto àqueles oriundos de instrumentos internacionais no qual o Brasil seja parte, tendo, portanto, de aplicabilidade imediata, repisa-se, por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição. Portanto, este direito fundamental, assiste e resguarda o direito da pessoa do fiador no que diz respeito a sua casa, sua moradia. E, diga-se, esta proteção não advém de uma simples inconformidade por parte do garante da relação locatícia, mas por ela estar positivada e amparada na Carta Magna, de modo que impossível e inadmissível que legislação infraconstitucional se posicione contra este direito, ora também considerado cláusula pétrea. Além disso, a norma infraconstitucional não está somente desprovida de força jurídica em relação à hierarquia das leis, mas trata de forma igual situações desiguais, ferindo de morte o princípio da isonomia, de maneira a afrontar nossa Lei Suprema, vindo a ser, portanto, inconstitucional. (WEISSHEIMER, 2015)

Neste momento, há de se fazer menção ao voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso, que reconheceu o referido entendimento de que o multicitado inciso VII, do art. 3º da Lei n. 8.009/90 se faz forçosamente inconstitucional, em decisão monocrática pronunciada em sede de recurso extraordinário em curso perante o STF, como se lê:

Em trabalho doutrinário que escrevi - "Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil", texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003 - registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração - direito social - que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família - a moradia do homem e sua família - justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, - inciso VII do art. 3º - feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece

a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo - inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família - Lei 8.009/90, art. 1º - encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000.” (STF, RE 352940, 2005)

Existem ainda, ainda que de forma minoritária Tribunais de Justiça que, em controle de constitucionalidade difuso, defendem tese contrária à firmada pelo STF atualmente, que entende pela constitucionalidade e validade da penhora do bem de família do fiador², de que a norma de exceção trazida pela Lei n. 8.009/90 não foi recepcionada pela EC n. 26/2000, uma vez que o direito a moradia ganhou força de direito fundamental, constitucionalmente expresso. A exemplo de julgado dessa natureza temos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. PENHORA. IMÓVEL DO FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. DIREITO À MORADIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E IGUALDADE. A partir da Emenda Constitucional 26/2000, a moradia foi elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao imóvel do fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito. Em respeito ao princípio da igualdade, deve ser assegurado tanto ao

² O Supremo Tribunal Federal, no dia 08 de fevereiro de 2006, julgou, por maioria de votos, a questão através do RE 407688/SP, que teve como Relator o Ministro Cezar Peluso. A votação não foi unânime, pois entenderam pela inconstitucionalidade os Ministros Eros Grau, Ayres Brito e Celso de Melo. Posicionando-se pelo constitucionalidade os Ministros Cezar Pelluso, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. (**TARTUCE, p. 625, 2015**). O julgado traz a presente 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. 6.º da CF. Constitucionalidade do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990, com a redação da Lei 8.245/1991. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3.º, VII, da Lei 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6.º da Constituição da República” (STF, RE 407688/SP, São Paulo, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006)

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

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO - EMBARGOS DE DEVEDOR - ÚNICO BEM IMÓVEL DOS FIADORES - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA - RECURSO PROVIDO.

O inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90 encontra-se em vias de colisão com o fim social desta norma, por afrontar os princípios e direitos constitucionais da isonomia, moradia e dignidade da pessoa humana, razão pela qual há de se negar vigência ao dispositivo e declarar a impenhorabilidade do único bem imóvel dos fiadores.

Não se pode olvidar que, ao declarar a impenhorabilidade do único bem de família (ressalvado o inciso citado), o legislador procurou amparar os menos assistidos economicamente, impedindo a extensão da miséria, dando-se proteção à família, considerada a célula-mãe de toda uma sociedade. Portanto, se considerarmos que o afiançado não anuiu expressamente com a possibilidade de que seu único bem imóvel, utilizado como residência, pudesse vir a garantir dívida não paga de locação, o inciso VII, em questão, encontra-se em vias de colisão com o fim social da Lei 8.009/90, por afrontar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

(TJ-MS - AC: 31263 MS 2008.031263-1, Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Data de Julgamento: 14/05/2009, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 25/05/2009)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS A EXECUÇÃO. LOCAÇÃO. FIADOR MORADIA. BEM DA FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. I - A MORADIA, RECONHECIDA COMO DIREITO SOCIAL, VISA GARANTIR AO CIDADÃO UMA VIDA COM MAIS DIGNIDADE E SEGURANÇA, DE TAL FORMA QUE A FAMÍLIA RESTE PROTEGIDA EM ALGUMAS SITUAÇÕES. A IMPENHORABILIDADE DA MORADIA DECORRE DE UM DIREITO FUNDAMENTAL, PARA TODOS. II - A LEI N. 8.009/90, EM SEU ARTIGO 3, INCISO VII, FERIU O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA, UMA VEZ QUE DAR AO CONTRATO ACESSÓRIO DE FIANÇA MAIS OBRIGAÇÕES DO QUE AS CONFERIDAS A QUEM CONTRATA A LOCAÇÃO, O CONTRATO PRINCIPAL, É ATRIBUIR MAIOR ÔNUS A QUEM POSSIBILITA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE MORADIA A ALGUÉM, EM DETRIMENTO DE SUA PRÓPRIA PESSOA E DE SUA FAMÍLIA. III - O ART. 3, INC. VII DA LEI N. 8.009/90, NAO FOI RECEPCIONADO PELO ART. 6 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26/2000. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(Apelação Cível Nº. 126346-3/188, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Goiás, Relator: Felipe Batista Cordeiro, Julgado em 02/09/2008).

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO – FIANÇA – IMPOSSIBILIDADE DE SE DISCUTIR SOBRE A VALIDADE DA

FIANÇA – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90 – CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA – ÚNICO IMÓVEL RESIDENCIAL – NULIDADE DA PENHORA – RENOVAÇÃO DOS EMBARGOS – ART. 268 DO CPC – POSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – INOCORRÊNCIA. – Em se tratando de execução fundada em título judicial, no qual se condenou o fiador, solidariamente com o devedor principal, ao pagamento da dívida oriunda de CONTRATO de LOCAÇÃO, entende-se que não cabe discutir, nos embargos à execução, a respeito da validade ou não da fiança concedida em referido CONTRATO, porquanto essa questão, em virtude do trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento, restou preclusa (art. 474 do CPC). – A Lei 8.009/90, ao dispor sobre BEM de FAMÍLIA, vedou a PENHORA do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e dos móveis que guarneçam a residência e não constituam adornos suntuosos, estabelecendo, todavia, algumas exceções em seu art. 3º. – No que se refere à exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 – penhorabilidade do BEM de FAMÍLIA do fiador em CONTRATO de LOCAÇÃO -, o que se observa é que tal disposição, além de afrontar o direito à moradia, garantido no art. 6º, caput, da CF/88, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, uma vez que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador. – Tendo em vista que o legislador não estabeleceu um momento preclusivo para a oposição de embargos de terceiro – uma vez que podem ser apresentados a qualquer tempo enquanto persistir a constrição sobre o BEM -, não há que se falar em comportamento temerário por parte do apelado ao renovar os embargos de terceiro. – Demonstrado que todas as questões suscitadas pelas partes foram decididas, não há que se falar em prequestionamento para o órgão julgador manifestar-se expressamente a respeito de dispositivos legais. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DES. VOGAL. (Apelação Cível Nº. 1.0024.06.204395-5/001, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Elpídio Donizetti, Julgado em 25/11/2008).

Ante todo o exposto mostram-se excessivamente danosos os efeitos jurídicos trazidos pelo art. 3º, VII, da Lei n.8.009/90, sendo necessário que se busque novas formas de se resolver a referida questão, de maneira que se encontrem alternativas que não sejam tão prejudiciais ao locatário. Caso isso não ocorra, princípios constitucionais basilares como a Dignidade da Pessoa Humana e a Isonomia, além do direito à moradia, continuaram sendo afrontados e desobedecidos. (CARMO, 2010)

Como exemplo de soluções alternativas ao mencionado problema, apresenta Aina:

A solução, já prevista na lei, seria a melhor amplitude do seguro-fiança locatícia, sendo que, hoje, a seguridade é a forma mais

utilizada de prevenção de danos em numerosos setores da sociedade. Com a efetiva disseminação desse sistema poderiam ser feitos os ajustes necessários para que funcionasse a contento para todos os envolvidos, isto é, locadores, seguradores e locatários, eis que é a modalidade mais democrática de garantia, pois depende tão-somente da capacidade do pretendente a locatário de pagar um certo valor locativo, através do qual é dimensionado o prêmio a ser pago à seguradora.”

Ante todo o exposto resta cristalina a inconstitucionalidade trazida, pelo art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, um vez que o mesmo afronta princípios constitucionais como: Princípio da Isonomia, Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de reduzir o direito fundamental à moradia, garantido pelo art. 6º, da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Ao estabelecer a proteção do bem de família legal pela impenhorabilidade, a Lei n. 8.009/90, buscou reservar um mínimo patrimonial para que a família fosse resguardada e tivesse condições para continuar sua vida dignamente perante a sociedade, caso fosse acometida de alguma dificuldade financeira, ficando o único imóvel residencial da unidade familiar e todos os bens que o guardam livres de uma eventual constrição judicial.

Dessa forma, diante de todas as informações colhidas e apresentadas ao longo do presente trabalho, conclui-se que a proteção garantida através da impenhorabilidade ao afiançado deve ser estendida também ao fiador, uma vez que tal benefício visa garantir direitos fundamentais aos quais o fiador é beneficiário tanto quanto o devedor principal.

Vale salientar que a penhorabilidade do bem de família legal do fiador nos contratos locatícios colide frontalmente com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ao passo que priva o fiador de seu direito garantido pelo texto do art. 1º, III, da CF, de viver de forma digna, vez que o patrimônio, no atual cenário jurídico brasileiro, tem papel de garantidor de uma vida social justa e aceitável. Além de ir contra o que dispõe a EC n. 26/2000, que acrescenta o direito a moradia no rol de direitos sociais, constitucionalmente garantidos pelo que se extrai do art. 6º.

Nessa linha de raciocínio há que se fazer uma ponderação entre as situações. Se de um lado existe uma obrigação pecuniária não adimplida que nasce de uma relação contratual, de outro temos a família do fiador sendo colocada em situação excessivamente danosa ao ser privada de sua moradia. Não seria razoável priorizar mais a obrigação pecuniária que a dignidade da entidade familiar em questão, ainda mais no momento jurídico do país que tende para uma despatrimonialização das relações jurídicas, colocando-se o ser humano a frente das demais situações.

Tem-se, ainda, clara afronta ao Princípio da Proporcionalidade, pois ao se resguardar o bem de família do afiançado e se deixar vulnerável o único imóvel residencial do fiador, este é colocado em situação excessivamente onerosa em relação àquele, pois ao ser executado o fiador, este não poderá arguir a impenhorabilidade de seu bem de família e por consequência perderá seu imóvel em

uma futura constrição judicial, mas requerendo seu direito de regresso, uma vez que quitou a dívida assumida pelo afiançado, verá sua execução frustrada, pois o afiançado, ao contrário do fiador, poderá arguir o benefício da impenhorabilidade.

Assim, resta flagrante a inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, pois este fere princípios constitucionais e mitiga direitos fundamentais por razões absolutamente econômicas. Tendo em vista que a Constituição deve servir de parâmetro para todas as demais normas e atos administrativos em nosso país, se faz equivocado o uso do referido dispositivo, pois este não se adequa ao que dispõe o texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 126.

ALMEIDA, Renata de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2ª Edição. Atlas: 2012

AMENDOEIRA, Sidnei. **Manual de direito processual civil 01 - teoria geral do processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição**. 2ª Edição. Saraiva, 2012.

AZEVEDO, Fabio de Oliveira. **Direito Civil: introdução e teoria geral**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. (Revista e ampliada).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Edição. Saraiva, 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - RE: 352940 SP, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 25/04/2005, Data de Publicação: DJ 09/05/2005 Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14791116/recurso-extraordinario-re-352940-sp-stf>> Acesso em: 10/06/2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 625885/RJ, 4ª Turma, rel. Min. JUNIOR. Aldir Passarinho. JusBrasil:2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em 10/06/2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 486. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27486%27> Acesso em: 10/06/2016

BRASIL. **TJ-GO**. Apelação Cível Nº. 126346-3/188, Terceira Câmara Cível, Relator: Felipe Batista Cordeiro, Julgado em 02/09/2008

BRASIL. **TJ-MS** - AC: 7040 MS 2009.007040-6, Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Data de Julgamento: 17/09/2009, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 23/09/2009 Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6221958/apelacao-civel-ac-7040-ms-2009007040-6>> acesso em: 10/06/2016.

BRASIL. **TJ-MS** - AC: 31263 MS 2008.031263-1, Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Data de Julgamento: 14/05/2009, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 25/05/2009) Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6221958/apelacao-civel-ac-7040-ms-2009007040-6>> Acesso em: 10/06/2016

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 13 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 11/06/2016.

BRASIL. **Lei n. 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em: 11/06/2016.

BRASIL. **Lei n. 8.245**, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm> Acesso em: 11/06/2016.

BRASIL. **Lei n. 8.009**, de 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em: 11/06/2016.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 11/06/2016.

CARMO, Valéria Santana do. **A penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação**. Centro Universitário de Brasília. Publicado em 2010. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/207/3/20609626.pdf>>. Acessado em 12/06/2016.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia**. Publicado em 2008. Disponível em <<http://portal.estacio.br/media/2476208/ana%20alice%20de%20carli.pdf>>. Acessado em: 09/06/2016 às 20:04.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A penhorabilidade do bem de família para pagamento de tributos incidentes sobre o próprio imóvel, sua constitucionalidade decorrente da alteração do art. 6º da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional n. 26/2000**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5435/a-penhorabilidade-do-bem-de-familia-para-pagamento-de-tributos-incidentes-sobre-o-proprio-imovel>>. Acessado em 10/06/2016 às 18:12 hrs.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. (Volume 3).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família**. 7ª Edição. Saraiva: VitalSource Bookshelf Online, 2014. (Sucessões, Volume 5)

Dicionário Michaellys. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=lobby>>. Acessado em 11/06/2016

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. (Volume 3).

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acessado em: 05/042015 as 20:30 hrs.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015. (Volume 1. Revista ampliada e atualizada).

FARIAS, Cristiano de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13ª Edição. Atlas: VitalSource Bookshelf Online, 2015. (Volume 1).

FILHO, SLAIBI, Nagib. **Direito Constitucional**. 3ª Edição. Forense: VitalSource Bookshelf Online, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolza; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 18ª Edição. Saraiva, 2015. (Volume 1).

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. (Volume 1)

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6ª Edição. Saraiva: VitalSource Bookshelf Online, 2016. (Volume 6)

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. (Volume 3)

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016. (Volume 6)

GUEDES, Andrea Faria. **O direito constitucional à moradia do fiador nos contratos de locação de imóveis**. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=209 Acessado em 10/06/2016 às 15:42 hrs.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. (Volume 5)

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 9ª Edição, 2013. (Volume 1)

PEREIRA, Caio Mário da Silva; SILVA PEREIRA, Tânia da. **Instituições de direito civil**. 23ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (Atual.)

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª Edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2005. (Revista e atualizada)

SOLLA, Paulo Ramon da Silva. **Mínimo existencial e patrimônio mínimo**. Revista Jus Navigandi, Teresina: 2015, n. 2446, 13 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14508>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

STF, RE 352940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo385.htm#transcricao1>>. Acessado em 09/06/2016, às 20:59.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 11ª Edição. Forense: VitalSource Bookshelf Online, 2015. (Volume 5)

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 11ª Edição. Forense, 2015. <Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5943362/104800507651670021-mg-1048005076516-7-002-1/inteiro-teor-12078751>> Acesso em 10/06/2016, às 19:07 hrs.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 14ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. (Coleção Direito Civil. Volume 3).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 14ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. (Coleção direito civil. Volume 6).

VENOSA, Sílvio de Salvo **Direito civil: parte geral**. 14ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. (Coleção direito civil. Volume 1).

WEISSHEIMER, Rosilene A. D.; **A inconstitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador em contrato locatício**. Publicado em 08 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/a-inconstitucionalidade-da-penhora-do-%C3%BAnico-bem-de-fam%C3%ADlia-do-fiador-em-contrato-locat%C3%ADcio/>>. Acesso em: 11 jun. 2016.