



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO**

THIAGO ROBERTO MAGNO SILVA

LAVRAS-MG

2019

THIAGO ROBERTO MAGNO SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário de
Lavras, como parte das exigências do
curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADORA

Prof. Ma. Aline Hadad Ladeira

LAVRAS-MG

2019

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico da
Biblioteca Central do UNILAVRAS

Silva, Thiago Roberto Magno.

S586i A inconstitucionalidade da penhora do bem de família do
fiador em contratos de locação / Thiago Roberto Magno
Silva; orientação de Aline Hadad Ladeira. -- Lavras:
Unilavras, 2019.

40 f. ; il.

Monografia apresentada ao Unilavras como parte das
exigências do curso de graduação em Direito.

1. Inconstitucionalidade. 2. Bem de família. I. Ladeira, Aline
Hadad (Orient.). II. Título.

Centro Universitário de Lavras – UNILAVRAS

Monografia intitulada “**A inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação**”, de autoria do graduando **Thiago Roberto Magno Silva**, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Ma. Aline Hadad Ladeira – Unilavras (orientador)

Prof. Me. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro – Unilavras (presidente da banca)

Aprovada em _____ de _____ de _____

RESUMO

Com o intuito de proteger as entidades familiares das crises econômicas, fora criado pelo legislador o instituto do bem de família, que torna impenhorável, por determinação legal, o imóvel destinado a moradia de uma família. Apesar da impenhorabilidade deste imóvel denominado bem de família ser a regra, sua proteção não é absoluta, pois foram-lhe conferidas algumas exceções, como exemplo, a possibilidade de se penhorar o único imóvel residencial daquele que presta fiança em contratos de locação. Com a inclusão do direito à moradia no *rol* de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a penhora do bem de família do fiador da locação seria inconstitucional, uma vez que feriria a norma constitucional. Em sessão plenária, o Supremo Tribunal voltou atrás em seu entendimento, decidindo pela constitucionalidade da referida norma, com fundamento na autonomia da vontade, argumentando que o cidadão tem a liberdade de escolher livremente se deve ou não ser fiador e de, assim escolhendo, arcar com os riscos que isso implicará. Deste modo, surge-se, então, o questionamento acerca da inconstitucionalidade desta penhora realizada no bem de família do fiador, argumentando que além de ferir o direito à moradia, lesionaria os princípios da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. Para tanto, analisa-se quem são os beneficiários da proteção do bem de família; seu resgate histórico; aspectos gerais e modalidades do bem de família; aspectos gerais da fiança e, por fim, defende-se a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, alegando que o Estado deve preservar, acima de tudo, os direitos fundamentais da pessoa humana, ao invés do direito ao crédito do mercado imobiliário, utilizando-se para tanto a pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a renomados autores no direito de família, decisões recentes do nosso tribunal, bem como trabalhos e artigos científicos que versam sobre o assunto.

Palavras-Chave: Inconstitucionalidade; Impenhorabilidade; Bem de Família; Fiador.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Quadro comparativo	18
----------	--------------------------	----

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. REVISÃO DE LITERATURA.....	9
2.1 Conceito atual de família.....	9
2.1.1 Família matrimonial.....	11
2.1.2 Família convivencial (união estável).....	11
2.1.3 Família monoparental.....	11
2.1.4 Família homoafetiva	12
2.1.5 Família anaparental.....	12
2.1.6 Família unipessoal.	13
2.1.7 Breve conclusão sobre conceito de família.	13
2.2. Bem de família	14
2.2.1 Conceito	14
2.2.2 Resgate histórico.....	15
2.2.3 Distinção entre bem de família voluntário e bem de família legal.....	17
2.2.3.1 Bem de família voluntário.....	17
2.2.3.2 Bem de família legal.....	19
2.2.4 Exceções a impenhorabilidade do bem de família legal.....	21
2.3. Da fiança	23
2.3.1 Aspectos gerais da fiança	23
2.3.2 A (in) constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação.....	26
2.4 Direito fundamental à moradia	30
3. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	32
4. CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	37

1. INTRODUÇÃO

O legislador brasileiro, utilizando-se do direito fundamental à moradia, que foi consagrado em nosso ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional n. 26 do ano de 2000, criou o instituto do bem de família, com o simples intuito de proteger a entidade familiar das crises econômicas.

O bem de família, desta maneira, é um imóvel residencial destinado à moradia de uma pessoa, ou de qualquer tipo de entidade familiar, bem como todos os bens móveis que o guarnecem, que serão, por força da lei, impenhoráveis.

Ocorre, no entanto, que a proteção conferida ao bem de família não é absoluta, uma vez que foram conferidas algumas exceções à sua impenhorabilidade, como por exemplo, a exceção conferida no artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, ou seja, a possibilidade de se penhorar o único imóvel residencial daquele que presta fiança em contratos de locação.

Dito isto, o presente trabalho pretende demonstrar a inconsistência do legislador e do judiciário no momento de criar e analisar este instituto que diz que é permitido a penhora do bem de família dos fiadores no contrato de locação.

A fiança trata-se tão somente de um contrato de garantia pessoal, em que uma pessoa, o fiador, no caso, assume a obrigação perante o credor, de satisfazer a prestação devida pelo devedor, caso este não a faça. Porque, então, que uma mera garantia pessoal passaria por cima de grandes princípios constitucionais, ainda mais em prejuízo de direitos fundamentais do fiador e de sua família.

Assim, em razão da relevância jurídica do tema, será realizado um estudo sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos locatícios. Para isso, o presente trabalho analisará quem são aqueles abarcados pela proteção jurídica do bem de família; qual o seu conceito; como surgiu; qual crise fez com que surgisse no Brasil; qual a sua função social; quais os tipos de bem de família; quais são as exceções a sua impenhorabilidade; uma breve explicação sobre os contratos de fiança; quais princípios constitucionais são feridos por este instituto. Não seria incorreto os fiadores terem a possibilidade de perder, por meio da penhora, o seu único bem imóvel, enquanto para o loca devedor principal, não há a referido possibilidade?

Em razão da inconsistência apresentada na matéria. Da desigualdade de tratamento entre fiadores, que são, em primeiro momento, devedores subsidiários e, os locatários, os verdadeiros proprietários da dívida, será abordado o referido tema, visando demonstrar a inconstitucionalidade deste instituto que aduz ser constitucional a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação.

Para tanto, fora utilizado na realização do estudo a pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a renomados autores no direito de família, decisões recentes do nosso tribunal, bem como trabalhos e artigos científicos que versam sobre o assunto.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Conceito atual de família

Sabe-se que o conceito de família é bastante amplo, podendo ser definido diferentemente dependendo da perspectiva sociológica, consuetudinária, tradicional, cultural e até mesmo temporal. Por ser um instituto que está em constante transformações, a família torna-se algo difícil de se dar um conceito exato, podendo ser encontradas diversas definições nos diferentes autores e estudiosos do Direito de Família (ABREU, 2014).

De acordo com Caio Mário (2007 *apud* ABREU, 2014), o significado mais conhecido para o termo família é o de que família é o conjunto de pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral, se restringindo aos pais e aos filhos.

Já para Maria Helena Diniz (2007 *apud* ABREU, 2014) família pode ser definida em um sentido amplo e em um sentido restrito. No sentido amplo, família são todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando, até mesmo, a incluir estranhos. No sentido restrito, família é definido como o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.

Maria Berenice Dias, em sua obra publicada em 2009, Manual de direito das Família, diz que é muito intuitivo identificar família com a noção do casamento, com aquela imagem de um pai como a figura central, na companhia da esposa e rodeado de filhos, genros, noras e netos.

Deste modo, nota-se por meio do conceito dado por estes renomados autores, que a definição de família da época (2007 ~ 2009) tinha como seu parâmetro principal o modelo de família patriarcal, que é aquela em que o chefe de família, o pai, era o patriarca e tinha poder absoluto em sua casa. Normalmente esse tipo de família era resumido em um homem, uma mulher e em seus filhos, biológicos ou adotados, habitando um ambiente familiar comum (RABONI, 2008).

Este modelo familiar (patriarcal) vem da antiga cultura romana, onde através do casamento, se perpetuava um culto doméstico que estabelecia os laços de filiação da família, independentemente de haver ou não afeto entre os envolvidos. O código civil de

1916 era fortemente ligado a essa cultura que só reconhecia a família oriunda do casamento, com forte tradição religiosa, com um vínculo quase indissolúvel em que se mantia o casamento a qualquer custo, em razão da forte discriminação sofrida pelos desquitados (CARVALHO, 2018).

Felizmente, com a sociedade evoluindo, bem como com a entrada em vigor do código civil de 2002, o conceito de família foi se modificando, e como será visto a seguir, abrangendo vários tipos de família e abarcando todos os indivíduos que estiverem ligados, independentemente se é pelo vínculo de consanguinidade ou se é pelo vínculo afetivo (ABREU, 2014).

A Constituição Federal de 1988 tem um capítulo próprio que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso (Capítulo VII, do Título VIII – Da Ordem Social). Esta constituição elegeu os princípios da liberdade de planejamento familiar e o do pluralismo de entidades familiares. Estes princípios alargaram o conceito de família antigamente conhecido (modelo jurídico do casamento), além de exprimir que entre elas não há qualquer tipo de distinção ou hierarquia (CARVALHO, 2018).

Pode-se dizer, então, que a família, na atualidade, se constitui pela situação de fato consistente na convivência afetiva. Se forma no querer recíproco de seus membros em ser uma família, de desenvolver uma vida em comum, independentemente de qualquer ato formal que o valide (CARVALHO, 2018).

Explica este mesmo autor, que as espécies de família ultimamente são bastante amplas e plurais, sendo conceituadas utilizando-se dos vínculos biológicos ou afetivos, do casamento ou da união estável, natural ou substituta, unilinear ou pluralista, podendo suas ligações de parentescos serem biológicas, como ocorre no caso da consanguinidade, ou constituídas por outra origem, como ocorre, por exemplo, na adoção (CARVALHO, 2018).

Passa-se, então, a analisar à luz da doutrina, algumas dessas mencionadas entidades familiares explícitas na Constituição, além de entidades que também são muito importantes atualmente, porém não são especificadas na Carta Magna.

2.1.1 Família matrimonial

O conceito de família matrimonial é bem simples. Como já fora mencionado acima, a família matrimonial é formada com base no casamento civil pelos cônjuges, não incluindo, necessariamente, o filho, seja natural ou socioafetivo. “É uma união legal vinculada a normas cogentes, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres” (CARVALHO, 2018, p. 53).

Pode-se dizer, desta maneira, que a família matrimonial é a típica família em que se tem um homem e uma mulher ligados através do casamento, habitando um ambiente familiar comum, com seus filhos, se tiverem, não importando se são estes biológicos ou adotados (RABONI, 2008).

2.1.2 Família convivencial (união estável)

A família convivencial é a família constituída pela união estável. Uma união informal pública, duradoura e contínua do homem e da mulher que não se encontram com impedimentos jurídicos para o casamento, exceto quando a pessoa casada já se encontrava separada de fato (CARVALHO, 2014).

Entede-se, assim, através da citação feita por Carvalho, que a união estável é a relação de convivência duradoura entre dois cidadãos, que não precisam necessariamente morar na mesma casa, ou estarem formalmente casados, mas que se juntam com o objetivo de assim permanecerem e de constituírem família.

2.1.3 Família monoparental

A família monoparental é uma entidade familiar integrada por um dos pais e seus descendentes, naturais ou sociafetivos. Ou seja, é quando os filhos vivem em companhia de apenas um dos pais, não importando qual seria o motivo, como por exemplo, viuvez, separação de fato, divórcio, concubinato, adoção unilateral e etc (LÔBO, 2011).

Conforme Carvalho (2014, p 47), “Caracteriza-se a família monoparental mesmo que o outro genitor esteja vivo, como ocorre entre pais divorciados ou separados de fato, desde que os filhos estejam sob a guarda de apenas um deles”.

Desta maneira, fácil entender através das citações acima feitas que, ainda que se seja um pai ou uma mãe criando e morando sozinho com seus filhos (as), tal circunstância não tem o viés de afastar a proteção do Estado, nem de desqualificar esta entidade de forma a perder o *status* de família.

2.1.4 Família homoafetiva

Por completo preconceito, a Constituição Federal concedeu juridicidade, de modo expresso, somente às uniões entre um homem e uma mulher, ainda que não se possua diferenças entre a convivência homossexual da heterossexual (DIAS, 2009).

Assim, a família homoafetiva é aquela constituída de pessoas do mesmo sexo, com fundamento na afetividade de seus membros, possuindo os mesmos direitos e deveres da união heterossexual (CARVALHO, 2018).

Citam estes dois renomados autores, que o preconceito e a discriminação à orientação homossexual, bem como negar essa realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Posto isto, e como já foi bastante mencionado acima, o *status* família, atualmente, será dado a qualquer vínculo que tenha por base o afeto, não importando a orientação sexual dos envolvidos.

2.1.5 Família anaparental

A família anaparental é a família sem pai e sem mãe. É uma família que se funda no afeto, dedicação, carinho e ajuda mútua. É a convivência que se caracteriza pela ajuda material, emocional e pelo sentimento sincero de amizade sem conotação sexual (GODINHO, 2018).

A convivência mútua de duas irmãs, por longos anos, sob o mesmo teto, por exemplo (DIAS, 2009). Pais que morreram e deixaram seus filhos sob a tutoria dos avós. Filhos que perderam os pais e foram morar com a tia, tendo nesta a figura da

mãe. Amigas aposentadas e até viúvas que decidem compartilhar a velhice juntas, na mesma casa (GODINHO, 2018).

A família anaparental é a convivência entre parentes ou pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito. Ou seja, é como uma família alargada, que acolhe os filhos sem pai, onde serão criados com muito amor pelos membros naquele âmbito familiar em que se encontrarem (DIAS, 2009) (GODINHO, 2018).

2.1.6 Família unipessoal

A família unipessoal é um modelo de família reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio. É aquela formada por uma única pessoa, seja ela solteira, separada, divorciada ou viúva (DONATINI, 2016).

A principal intenção por trás de reconhecer que até mesmo uma pessoa morando sozinha é uma família, é a proteção do bem de família. Por este motivo, então, cria-se a Súmula 364 do STJ (DONATINI, 2016). “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas” (BRASIL, 2008, [s.p]).

2.1.7 Breve conclusão sobre conceito de família

Imperioso ressaltar que ainda existem muitos tipos de família que não foram analisadas. Contudo, por este não ser o principal enfoque do presente trabalho, acredita-se que com apenas os conceitos que acima foram apresentados seja possível ter uma noção de que com o passar dos tempos o ideal de família foi bastante alterado.

Ao longo da história, sofreu a família diversas transformações, que durante muitos séculos era reconhecida, exclusivamente, como a entidade nascida do matrimônio. Por muito tempo, os outros modelos de família eram vistos de forma repulsiva devido as questões religiosas. Assim, não era considerado família ou parte legítima da família, o que não se derivava do vínculo matrimonial (SILVA, 2017).

As transformações pelas quais passaram as sociedades e, por conseguinte, as entidades familiares, trouxeram novos contornos e um novo conceito à família, dessa vez não fundado exatamente na genética, mas sim na afetividade (SILVA, 2017).

Logo, pode-se dizer que o conceito de família não é mais ligado apenas àquela oriunda do casamento. Não se pode mais afirmar que família é somente a união entre um homem e uma mulher. Tampouco que família abrange somente aqueles ligados pela verticalidade dos vínculos parentais. Serão consideradas família, merecedoras de proteção do Estado, e inclusive para efeitos da preservação do bem de família, qualquer vínculo que tenha por base o amor, carinho e afeto (DIAS, 2009).

2.2 Bem de família

2.2.1 Conceito

Visando proteger a entidade familiar das crises econômicas, bem como resguardar a casa dos negócios externos ao lar e, conseqüentemente, conferir uma tutela especial à família; preservar o direito à moradia, e outros valores primordiais como a dignidade e a personalidade da pessoa humana, o legislador brasileiro criou o instituto do Bem de Família (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

Bem de família, portanto, é o imóvel destinado à moradia de uma família, bem como todos os bens que o guarnecem, que não podem, excetuadas certas e específicas hipóteses, ser objeto de penhora para pagamento de dívidas judiciais (LÔBO, 2011).

Assim, todo imóvel próprio do devedor, ou de sua entidade familiar, seja ele urbano ou rural, que esteja habitado por sua família, ou por ele somente, é impenhorável e, conforme artigo 1º da lei 8.009/90 “não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei” (BRASIL, 1990, [s.p]).

Ainda, de maneira mais específica e, tutelada pelo código civil ao invés de por lei própria, há a possibilidade do bem de família ser instituído, através de ato solene e de vontade, pelo devedor ou pela entidade familiar, desde que não se ultrapasse um terço de seu patrimônio líquido existente ao tempo da instituição (CARVALHO, 2018).

Nesse viés, tem-se que mediante a tutela da moradia, busca-se conferir proteção ampla ao ser humano. A casa onde uma família reside realiza um dos principais direitos fundamentais necessários à vida e integra, em grande parte, o mínimo necessário que a pessoa humana necessita para viver com dignidade, integridade e decência (LÔBO, 2011).

Logo, pode-se observar que o bem de família é um instituto que visa dar maior força ao direito fundamental à moradia frente a outros direitos, uma vez que este possui natureza existencial, além de ser um direito social imprescindível para a pessoa humana, o qual o direito ao crédito não pode sobrepujar (LÔBO, 2011).

2.2.2 Resgate histórico

O bem de família como se conhece hoje, origina-se do início do século XIX, quando o Estado do Texas, nos estados Unidos da América, em virtude de uma grave crise econômica, promulgou o *Homestead Exemption Act*, em 26 de janeiro de 1839 (LARA, 2017).

Cita Duarte (2014), que com o final da colonização inglesa, as empresas bancárias europeias se estabilizaram nos Estados Unidos, por enxergarem ali um grande potencial de desenvolvimento e a possibilidade de maximizar seus lucros. Isso gerou certa facilidade de obtenção de crédito, sem pedir, em contrapartida, exigências de garantias para o pagamento destes empréstimos. Essa facilidade de crédito criou uma imagem errada aos americanos de que seria muito fácil lucrar, levando-os a abusarem dessas concessões e a uma descontrolada atividade especulativa.

Segue relatando este autor, que esse cenário gerou um enorme endividamento dos americanos, de maneira que não havia mais lastro econômico para sustentar a situação, fazendo surgir uma crise entre os anos de 1837 a 1839, que acarretou no fechamento de aproximadamente 900 (novecentas) instituições bancárias, com 33.000 (trinta e três mil) falências e uma perda estimada de US\$ 440.000.000,00 (quatrocentos e quarenta milhões de dólares) no período de três anos (Duarte, 2014).

Frisa-se que essa crise não atingiu somente os banqueiros. Os principais prejudicados foram os devedores que sofreram várias execuções, tendo que suportar

penhora em suas terras, casas, animais e instrumentos agrícolas. Em razão disto, para proteger essas famílias do desabrigo, fora criada a lei *Homestead Exemption Act*, tornando impenhorável, por qualquer execução judicial, os imóveis rurais destinados à moradia familiar (DUARTE, 2014):

De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de uma família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de *fieri facias* ou outra execução, emitido por qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, vinte porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato, são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora (*DIGEST OF THE LAWS OF TEXAS* § 3.798 *apud* DUARTE, 2014).

Essa comentada lei teve um forte conteúdo social, que objetivou o desenvolvimento de uma sociedade cujos cidadãos tivessem o mínimo necessário a uma vida digna, e, além disso, conseqüentemente, deu início ao instituto do bem de família, que se espalhou aos demais estados e, de modo geral, foi adotado por grande parte das legislações de todo o mundo (DUARTE, 2014).

No Brasil, o instituto do bem de família também foi adotado em razão de uma grave crise econômica. Em 1973, a economia mundial foi afetada pela segunda crise do petróleo, quando os membros da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) aumentaram o valor do produto em mais de 300%, fazendo, por conseguinte, que todos os outros produtos da cadeia produtiva dependentes de petróleo também aumentassem significativamente seu preço em todo o mundo, criando, assim, um choque inflacionário (LARA, 2017)

A economia do Brasil, entretanto, mesmo depois da superação mundial da crise do petróleo, criava mecanismos e planos econômicos que invés de diminuir os efeitos da crise, aprofundava mais o país na inflação, fazendo com que os preços continuassem a aumentar, arruinando a economia e levando consigo a maioria da

população, que tinham suas moradias penhoradas e leiloadas para satisfação de suas obrigações (LARA, 2017).

Nesse sentido, foi editada a medida provisória de número 143 de 1990, que rapidamente foi convertida pelo congresso na lei 8.009/90, com o objetivo de regulamentar a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou entidade familiar, bem como dos móveis que o guarnecem, colocando-os a salvo de execuções por dívidas e, desta maneira, consagrando-se no direito brasileiro a dualidade de regimes do bem de família, o bem de família voluntário e o bem de família legal (DUARTE, 2014).

2.2.3 Distinção entre bem de família voluntário e bem de família legal

Inequívoco, até o momento, que bem de família é o imóvel destinado a moradia da entidade familiar, bem como todos os bens móveis que o guarnecem, que serão impenhoráveis pela força da lei.

Contudo, imperioso ressaltar, que em nosso ordenamento jurídico atual coexistem duas categorias de bem de família: o bem de família voluntário, regulamentado pelo Código civil, em seus artigos 1.711 a 1.722, e o bem de família legal (ou involuntário), disciplinado pela lei 8.009/90 (DUARTE, 2014).

2.2.3.1 Bem de família voluntário

Seu conteúdo é disciplinado pelo artigo 1.711 do CC/02, cuja inteligência é:

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

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada (BRASIL, 2002, [s.p]).

Sua proteção depende de ato voluntário, uma vez que deve ser constituído, formalmente, pelo proprietário sozinho, pelos cônjuges, companheiros ou responsáveis pela família monoparental, por meio de escritura pública. Ou pode ser instituído, também, por terceiros, através de testamento ou doação, dependendo, no entanto, neste caso, de aceitação expressa da entidade familiar beneficiada (CARVALHO, 2018).

O bem de família voluntário, assim como o legal, consiste em um imóvel residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinado ao domicílio familiar. Podendo, ainda, abranger valores mobiliários, ou seja, aplicações financeiras neste âmbito de proteção convencional, desde que vinculados à preservação física do imóvel ou ao sustento da família, para, assim, garantir a entidade familiar meios de prover a sua subsistência, desde que esses valores não ultrapassem o valor do imóvel (DUARTE, 2014).

Uma vez instituído, o imóvel escolhido pela entidade familiar para se tornar bem de família voluntário ficará revestido de inalienabilidade, ficando com sua alienação restrita, dependendo de consentimento dos interessados e do Ministério Público; e de impenhorabilidade com eficácia *ex nunc*, ou seja, somente oponível aos credores após registrar seu título no Registro de Imóveis, salvo execução de tributos relativos ao próprio imóvel e também pelas despesas condominiais (DUARTE, 2014).

Sua instituição, contudo, é conveniente somente quando a família possui mais de um imóvel, e quer excluir da penhorabilidade a residência de maior valor, na medida em que, com a finalidade de preservar credores, no momento da instituição o imóvel não pode exceder um terço (1/3) do patrimônio líquido dos instituidores (CARVALHO, 2018).

Assim, esse instituto não recebe muita atenção, pois sua utilização, no dia a dia, é bem pouca, devido a necessidade de se cumular muitos requisitos (propriedade do bem por parte do instituidor, destinação específica de moradia da família e a solvabilidade do instituidor). Além da condição sócio econômica da maior parte dos brasileiros, que possuem apenas um imóvel e, nesta condição de único, já é considerado legalmente bem de família independentemente de instituição (DIAS, 2009)

2.2.3.2 Bem de família legal

O bem de família legal surge como uma nova modalidade com a edição da lei 8009/90. Ele é uma proteção automática ao imóvel residencial da entidade familiar. Sua criação independe de qualquer ato de vontade de seu titular ou de ato formal de registro. Basta residir nesse imóvel próprio para que se caracterize como bem de família legal, recaindo a proteção no imóvel de menor valor, caso se possua mais de uma residência (AZEVEDO, 2002).

De modo geral, enquanto a proteção jurídica conferida no bem de família voluntário só começa a surtir efeitos após a averbação do gravame, conforme súmula 205 do STJ, a impenhorabilidade do bem de família legal pode ser oponível até mesmo nos processos de execuções que se encontravam em andamento antes da edição da lei 8009/90, “A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência” (BRASIL, 1998, [s.p]). Assim, subsiste a proteção tanto para dívidas anteriores, quanto para posteriores à caracterização do imóvel como bem de família (MENESES, 2014).

No entanto, esta impenhorabilidade, diferentemente do bem de família voluntário, abrange somente o imóvel residencial e os bens móveis que o guarnecem. Desta feita, as cotas de fundos de investimento, por exemplo, eventualmente instituídas como bem de família convencional, poderão ser objeto de penhora (MENESES, 2014).

As duas espécies de bem de família, deste modo, se divergem no sentido de que, o bem de família voluntário decorre da vontade dos interessados, sendo necessário, ainda, o atendimento de certas formalidades e requisitos para sua instituição. No tempo em que o bem de família legal não depende de manifestação do seu instituidor e não está condicionado a qualquer formalidade, bastando residir no imóvel para torna-lo, por força de lei, impenhorável (DIAS, 2009).

Demonstra-se melhor a diferença entre o bem de família legal e voluntário no quadro esquemático apresentado abaixo, que pode ser encontrado às páginas 496, do livro “Direito de Família”, publicado em 2012 pelos autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão:

BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO	BEM DE FAMÍLIA LEGAL
Previsto nos artigos 1.711 a 1722 do CC.	Previsto na Lei 8.009/1990.
Instituído por ato voluntário de membros da entidade familiar.	Proteção automática.
Máximo: 1/3 do patrimônio.	Não há limites fixados em lei, por regra. Proteção do único imóvel em que reside a entidade familiar.
<p>Exceções – casos de penhorabilidade:</p> <p>a) dívidas anteriores à instituição;</p> <p>b) dívidas de impostos prediais;</p> <p>c) dívidas de condomínio;</p>	<p>Exceções – casos de penhorabilidade listados no artigo 3º da norma específica:</p> <p>a) revogado</p> <p>b) pelo titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel;</p> <p>c) pelo credo de pensão alimentícia;</p> <p>d) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em relação ao imóvel familiar, inclusive despesas de condomínio;</p> <p>e) para a execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou entidade familiar;</p> <p>f) no caso do imóvel ter sido adquirido como produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória;</p> <p>g) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação urbana.</p> <p>h) para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por</p>

	dolo, fraude ou coação, inclusive por terceiro que sabia ou deveria saber da origem ilícita dos recursos.
--	---

(QUADRO COMPARATIVO ENTRE BEM DE FAMÍLIA LEGAL E VOLUNTÁRIO).

Conforme visto no quadro comparativo acima, a proteção do bem de família não é absoluta, pois foram conferidas algumas exceções à sua impenhorabilidade. Enquanto o bem de família voluntário possui apenas 3: as dívidas anteriores a sua instituição, a execução de tributos relativos ao próprio imóvel e também as despesas condominiais. O bem de família legal possui uma série de exceções que merecem ser tratadas com um pouco mais de profundidade.

2.2.4 Exceções a impenhorabilidade do bem de família legal

A impenhorabilidade do bem de família é a regra, cujas exceções são encontradas no artigo 3º da lei 8009/90. Logo, ainda que se trate do único bem imóvel do casal ou entidade familiar, o bem de família responderá naquelas hipóteses elencadas no mencionado artigo (MENESES, 2014), senão vejamos:

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

I - (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

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

VIII - para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por dolo, fraude ou coação, inclusive por terceiro que sabia ou deveria saber da origem ilícita dos recursos. (BRASIL, 1990, [s.p])

O inciso II e IV se referem aos contratos que têm como finalidade o financiamento da própria moradia, incluídos aqui os financiamentos para aquisição e para reforma do bem, assim como as dívidas em decorrência da propriedade do imóvel, como taxas condominiais e Imposto Territorial e Predial Urbano (IPTU). Deste modo, caso se torne inadimplente em relação aos pagamentos de algum desses valores, a impenhorabilidade do bem de família não poderá ser usada como matéria de defesa, subsistindo a penhora até que se prove que os créditos não se destinaram à construção ou manutenção da moradia (MENESES, 2014).

No que tange ao inciso III, créditos decorrentes de pensão alimentícia são considerados como verbas alimentares pelo legislador, sendo, portanto, prioritárias, e, destarte, caso se torne inadimplente quanto a elas, também não se aplica a impenhorabilidade do bem de família (PROENÇA, 2018).

Em relação ao inciso V, trata-se de hipótese em que o bem de família é gravado, voluntariamente, com garantia real de hipoteca. Desta maneira, quando o imóvel é, voluntariamente, oferecido em garantia, a impenhorabilidade não poderá ser oposta quando o credor hipotecário buscar a execução da garantia (MENESES, 2014).

Contudo, os tribunais têm entendido que é preciso ter cuidado com a possibilidade de penhorar imóvel dado como garantia real em hipoteca, argumentando ser necessário que a dívida pelo imóvel tenha beneficiado a entidade familiar (PROENÇA, 2018).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE. GARANTIA HIPOTECÁRIA. PESSOA JURÍDICA. BENEFÍCIO REVERTIDO À FAMÍLIA. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior, interpretando o artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/1990, tem se posicionado no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que este é oferecido como garantia real hipotecária,

somente fica afastada quando o ato de disponibilidade reverter em proveito da entidade familiar. 2. “Mesmo quando a garantia real foi prestada utilizando-se firma individual de pessoa jurídica, não se pode presumir que a hipoteca foi dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90” (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 429.435/RS, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/8/2014, DJe 1º/9/2014). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem consignou a ausência de prova de que a entidade familiar foi a verdadeira beneficiária do empréstimo tomado por pessoa jurídica. Para desconstituir esse fundamento, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta via pela Súmula n.7 do STJ. 4. Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1332087/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 25/04/2017). (STJ, 2017 apud PROENÇA, 2018).

Outra exceção, insculpida no inciso VI, é de que a impenhorabilidade do bem de família não se aplica se ele foi comprado como resultado de ações criminosas, ou quando se está diante de uma sentença penal condenatória que se destina à propositura da ação indenizatória *ex delicto*. Ou seja, se o proprietário foi condenado na esfera criminal pelo mesmo motivo que ensejou o processo civil (MENESES, 2014).

Exemplifica este mesmo autor, uma pessoa que se envolve em um acidente de trânsito e, em razão disto, lhe movem um processo de indenização por danos materiais na esfera civil ao mesmo tempo em que é movida uma ação de lesão corporal na esfera criminal. Se o sujeito for condenado, nos dois casos, a condenação criminal ensejará a possibilidade de penhorar o bem de família caso necessário para o pagamento da dívida.

Por fim, tem-se o inciso VII que versa sobre a possibilidade de penhora dos bens de família do fiador em contratos de locação. Deste modo, sendo essa exceção de impenhorabilidade do bem de família o principal enfoque do presente trabalho, essa questão será analisada com bem mais enfoque a frente, logo após uma rápida explicação sobre o contrato de fiança.

2.3 Da fiança

2.3.1 aspectos gerais da fiança

Todo contrato gera para os contratantes um risco bastante específico. O risco do inadimplemento da outra parte. Portanto, por ínfimo que seja, há sempre o risco de o credor não receber do devedor a prestação do serviço contratado, ou o pagamento da obrigação, ainda que se tenha cumprido integralmente e corretamente com a sua parte do contrato (COELHO, 2005).

Em razão disto, para atenuar as chances e os efeitos deste risco, foram criados e aperfeiçoados diversos institutos jurídicos, que visam assegurar aos contratantes meios eficazes de se obter a prestação contratada, ou, no mínimo, uma indenização satisfatória (COELHO, 2005).

O meio jurídico destinado a atenuar o risco do inadimplemento dos contratos são outros tipos de contratos, denominados de contratos de garantia. A garantia, então, é um contrato acessório, negociado em conjunto com o respectivo contrato principal, que visa dar ao credor uma segurança jurídica de pagamento (DINIZ, 2007).

“Essas garantias destinadas a atenuar os efeitos do inadimplemento podem ser de duas espécies, a garantia real ou a garantia pessoal” (COELHO, 2005, p. 246).

Quando o devedor ou terceiro estranho à relação vincula, voluntariamente, um bem específico de seu patrimônio como forma de satisfação da dívida, dando ao credor o direito de obter esse bem como forma de pagamento caso a obrigação não seja cumprida, há a garantia real (THEODORO JÚNIOR, 2001).

Já quando uma pessoa estranha a relação contratual, vincula a totalidade de bens do seu patrimônio, com exceção dos impenhoráveis por lei, como garantia da obrigação do devedor principal, há a garantia pessoal ou fidejussória (THEODORO JÚNIOR, 2001).

A fiança, portanto, é um contrato de garantia pessoal, em que o fiador assume a obrigação perante o credor, de satisfazer a prestação devida pelo devedor, caso este não a faça (COELHO, 2005). “Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra” (BRASIL, 2002 [s.p]).

É um contrato de prevenção de riscos, pois resguarda a possibilidade de dano futuro e eventual que se refere ao eventual inadimplemento por parte do devedor da obrigação principal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Por ser um contrato de natureza acessório, para que a fiança exista, é necessário haver um contrato principal. Um contrato de locação, como exemplo, por ser este o enfoque da presente monografia, onde haverá a garantia para assegurar o pagamento do aluguel por parte do locatário (CINTRA, 2017).

Tartuce (2017 *apud* CINTRA, 2017) explica que conforme artigo 819 do Código Civil de 2002, a fiança se dará sempre de forma escrita, e que não serão admitidas interpretações extensivas. Isto é, se um fiador garante o pagamento do aluguel, a fiança não poderá ser estendida aos demais encargos da locação. Caso as partes pretendam dar eficácia erga omnes a este contrato, deverão registrá-lo no Cartório de Títulos e Documentos. Reforçando o seu formalismo, em determinadas situações exige-se a outorga uxória, a teor do art. 1.647 do Código Civil.

Classifica-se, ainda, a fiança como um contrato formal, unilateral, não solene, podendo ser gratuita ou onerosa, a depender de quando é prestada por instituições bancárias (TARTUCE 2017 *apud* CINTRA, 2017).

É um contrato complexo, especial, *sui generis*, que possui características próprias, dificilmente encontradas em qualquer outro negócio. Conforme Diniz (2007), as características principais da fiança são:

- a) A acessoriedade, por ser um contrato acessório e, sempre depender e acompanhar um contrato principal para que possa existir. Por exemplo, um contrato de locação firmado com fiança locatícia: a locação é o contrato principal; a fiança, o contrato acessório. Nula a obrigação principal, desaparece a fiança;
- b) A unilateralidade, uma vez celebrado o contrato de fiança, impõe-se obrigação apenas para uma das partes, no caso, o fiador, independentemente do consentimento do devedor da obrigação principal, podendo, inclusive, ser instituído sem seu consentimento ou contra sua vontade.

Não se quer dizer que o devedor não tome ciência da instituição da garantia, pois tal comunicação é decorrência do próprio princípio da boa-fé objetiva. Pode este até indicar ou sugerir o fiador, pessoa de sua confiança, que deverá ser aceito pela outra parte;

Mas o que pretende o dispositivo é deixar claro que esta modalidade de garantia tem em mira o interesse do credor, e não do devedor, que não pode, como visto, opor-se a sua estipulação.

- c) A subsidiariedade, porque o fiador responderá pela obrigação apenas se o afiançado não a cumprir, exceto se houver sido estipulada solidariedade;
- d) E por fim, a gratuidade, em razão de que, obriga-se o fiador, assumindo a responsabilidade subsidiária ou solidária do pagamento de uma dívida, sem qualquer contraprestação ou vantagem para si. Excepcionalmente, todavia, a fiança poderá ser onerosa, caso o fiador seja remunerado (DINIZ, 2007).

Ela possui duas modalidades de celebração: a paritária e de adesão. Na modalidade paritária as partes estão em iguais condições de negociação, livremente estabelecem as cláusulas contratuais. Na modalidade adesão, um dos pactuantes impõe as cláusulas do negócio jurídico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Conforme estabelecido no art. 836 do Código Civil de 2002, a obrigação da fiança se transmite *causa mortis*. Ou seja, a obrigação transmite-se aos seus herdeiros, mas essa responsabilidade se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança (GONÇALVES, 2016)

Quanto ao tempo, é um contrato de duração temporário. A duração pode ser determinada ou indeterminada, na medida em que haja ou não previsão expressa de termo final ou condição resolutiva a limitar a eficácia do contrato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança. Qualquer outra causa de nulidade da obrigação principal prejudica a fiança, salvo se o devedor for absoluta ou relativamente incapaz. Visando a protegê-lo, o legislador preferiu manter a fiança (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012). De acordo com o art. 824 do código civil de 2002: “As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor” (BRASIL, 2002, [s.p]).

Assim, se um menor de 14 anos (absolutamente incapaz) contrai uma obrigação, esta poderá ser exigível do fiador, que não terá ação regressiva contra ele. Assumiu, pois, o risco de garantir uma dívida alheia sem direito ulterior ao reembolso (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

2.3.2 A (in) constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação.

Indiscutível que a fiança se trata de um contrato em que uma terceira pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra (DINIZ, 2007).

Eis que, conforme levemente analisado no tópico referente as exceções de impenhorabilidade do bem de família, é permitida a penhora do bem de família do fiador que presta fiança em contratos de locação de imóveis urbanos.

Ou seja, quando a fiança é instituída em favor de terceiro em um contrato de locação. Se o fiador for acionado para pagar a dívida em razão do inadimplemento do devedor principal/locatário, seu único imóvel residencial poderá ser livremente penhorado, isto é, a impenhorabilidade do bem de família não poderá ser oposta (MENESES, 2014).

Quando promulgada, a lei do bem de família legal trouxe uma certa inconveniência ao mercado imobiliário, visto a dificuldade, dali para frente, na execução dos créditos. Diante deste cenário, fora inserida na lei 8.009/90 as exceções à impenhorabilidade e, a partir de então, a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador da locação (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

Naquela ocasião, em 14 de fevereiro do ano 2000, na cidade de Brasília, houve a promulgação da Emenda Constitucional n. 26, que consagrou o direito social à moradia, entre diversos outros, atribuindo-lhes o status de direito fundamental. Desde então, grande parte da jurisprudência, especialmente o Supremo Tribunal Federal, passaram a decidir que a penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação seria inconstitucional quando comparado com o direito à moradia, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à igualdade, além do pensamento

lógico de que a nova previsão constitucional teria revogado a norma especial (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, em uma sessão plenária presidida na data de 08 de fevereiro do ano 2006, voltou atrás com as decisões que andava tomando, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 407688-SP (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

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

Neste julgado, o Supremo Tribunal Federal preferiu tutelar com maior hierarquia o mercado imobiliário, uma vez que suas garantias restariam prejudicadas caso prevalecesse a tese contrária. Assim, decidiu-se pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, com fundamento no princípio da autonomia da vontade. O ministro Cezar Peluso, relator da matéria, entendeu que a Lei 8.009/90 é bastante clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade do bem de família de fiador. Segundo este, o cidadão tem a total liberdade de escolher livremente se deve ou não ser fiador em um contrato de locação de imóvel urbano e, sendo esta a escolha, de arcar com os riscos que a condição de fiador implicará (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

Cumprido salientar, contudo, que ainda que prevaleça, atualmente, esta tese de que é constitucional a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação, importante destacar que há, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma posição minoritária que diverge deste pensamento e, entendem ser inconstitucional essa previsão, uma vez que viola os direitos à moradia, a isonomia, e a proteção da dignidade humana (TARTURCE, 2005).

Primeiramente, note-se que o contrato de fiança tem como uma de suas características principais a gratuidade, o que impõe, em contrapartida, uma

interpretação restritiva a ele, de forma que, havendo dúvidas, a interpretação deverá ser em favor do fiador. Por ser, também, um contrato acessório, evidente que a fiança não pode ser mais onerosa que o contrato principal (TARTURCE, 2005).

Desta maneira, a violação ao direito à isonomia reside no fato de que, o fiador, devedor subsidiário, poderá ter penhorado seu bem de família, enquanto o locatário, devedor principal, não poderá ter o seu, ainda que suas obrigações tenham a mesma base jurídica, o contrato de locação (TARTURCE, 2005).

Nota-se, portanto, que a possibilidade de se poder penhorar o bem de família do fiador em contratos de locação, se comparado com a obrigação do devedor principal, torna a obrigação do fiador excessivamente onerosa e contraria o princípio da igualdade, na medida em que trata o fiador e o locatário de forma bastante dessemelhante, para não dizer injusta, além de reduzir a dignidade da pessoa humana ao lhe negar o direito à moradia (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

Enquanto o fiador pode perder seu único imóvel residencial, leia-se, neste caso, bem de família. Em razão deste tratamento desigual entre fiador e locatário, torna-se inviável ao fiador que teve seu imóvel penhorado, tentar, via de regresso, cobrar o que teve de prejuízo, uma vez que o bem do devedor principal estará dotado de impenhorabilidade, fazendo com que o contrato acessório se torne extremamente mais oneroso que o contrato principal (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

Veja-se o que foi dito, recentemente, pelo ministro Carlos Velloso, em sede de decisão monocrática de um recurso extraordinário em curso perante o Supremo Tribunal Federal.

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 artigo 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, artigo 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 artigo 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 artigo 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000 (TARTURCE, 2005, [s.p]).

Ainda, em reforço, ousa-se dizer do quão frágil é essa constitucionalidade da penhora do bem de família em contratos de locação, ao tempo em que, em total contradição ao que foi decidido anteriormente, da prevalência do direito de garantia do mercado imobiliário invés do direito à moradia, fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, também recentemente, que a penhora do bem de família do fiador não poderá mais ocorrer em locação comercial, somente residencial, ao argumento de que a livre iniciativa não pode colocar em detrimento o direito fundamental à moradia (MUNIZ, 2018).

A mencionada decisão foi proferida pela ministra Rosa Weber, no recurso extraordinário de número 605.709, que ainda se encontra em andamento, com recurso pendente, inclusive, e desta maneira, não teve o seu acórdão na íntegra publicado até o momento (MUNIZ, 2018).

Porém, com essa decisão, observa-se a inconsistência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Em um momento decidem que é penhorável o bem de família do fiador em contratos de locação urbana, defendendo que a princípio da livre iniciativa pode superar o direito à moradia. Em outro momento, decidem que é impenhorável o bem de família do fiador em locações comerciais, ainda que a lei em nenhum momento a distinga da locação residencial, ao exato argumento reverso, de que a livre iniciativa não pode sobrepujar o direito à moradia (MUNIZ, 2018).

2.4 Direito fundamental à moradia

Para concluir, cumpre esclarecer que o que se pretende demonstrar com o presente trabalho é fato de que, o direito à moradia é um direito fundamental da pessoa humana, constitucionalmente assim contemplado, que garante ao ser humano a concretização de outros direitos como a privacidade, ao segredo doméstico, à

propriedade, à saúde e a um patrimônio mínimo para que se possa ter uma vida decente e digna (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

Conforme Ortmeier e Locateli (2011), há alguns autores que até mesmo o consagram como direito da personalidade, e, com essa virtude, inerente à condição humana, de forma que, assim como os direitos da personalidade, o direito a moradia não pode ser penhorado, e tampouco renunciado, por ser um direito individual, indisponível e inalienável.

Uma pessoa não pode ser privada de uma moradia digna e nem impedida de conseguir uma sob pena de grave violação dos preceitos fundamentais. Cabe ao Estado promover sua defesa e garantir sua efetivação em relação aos que não a tem. O direito a uma moradia está ligado intimamente a concepção de dignidade da pessoa humana, uma vez que reflete diretamente na personalidade dos atores sociais, na esfera moral e material, tendo o mesmo grau de importância dos direitos à vida e saúde (RANGEL; SILVA, 2009).

Em nosso ordenamento jurídico, esse direito fundamental é a nos garantido através do instituto do bem de família, que, por meio da impenhorabilidade da moradia e dos móveis que guarnecem a residência, protege não apenas o domicílio, mas também o indivíduo, ao tornar inviolável o exercício da moradia e, dando-lhe o mínimo para poder com dignidade viver (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

Nessa premissa, é notório que a penhora do bem de família somente pode ocorrer em situações extremamente excepcionais, sob pena de ferir diversos direitos fundamentais. Assim, evidente que garantir o cumprimento de obrigação de terceiro, não poderia jamais sobrepujar o direito à moradia do fiador e de sua família (ORTMEIER, LOCATELI, 2011).

Portanto, acredita-se que é inconstitucional a previsão inserta no artigo 3º, VII da Lei n. 8.009/1990, do prevalecimento do direito de crédito do locador em detrimento do direito fundamental de moradia do fiador, ainda que exista entendimento contrário proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que, permitir que a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação aconteça viola direitos fundamentais, (ORTMEIER; LOCATELI, 2011).

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS

É no âmbito familiar que a personalidade humana se desenvolve. É nele que as pessoas crescem, se fortalecem, encontram abrigo, descanso, carinho, paz, afeto e amor. É em razão do papel importante e acolhedor que desempenha a entidade familiar que foi necessário protegê-la dos problemas e dificuldades que se encontram nas relações jurídicas patrimoniais. É em virtude da importância que tem todos os tipos de família para sociedade, que foi necessário criar-se o instituto do bem de família.

A benesse do bem de família, que torna impenhorável o imóvel residencial destinado à moradia, bem como todos os bens móveis que o guarnecem, além de tutelar qualquer modelo de entidade familiar, que como fora visto, não é mais aquela reconhecida exclusivamente como a entidade nascida do matrimônio, mas sim qualquer vínculo que tenha por base o carinho e afeto, visa resguardar também o lar da pessoa que vive só, assegurando-lhe o direito fundamental à moradia e da dignidade da pessoa humana.

Fora visto, que o bem de família no Brasil, assim como no restante dos outros países do mundo, foi desenvolvido nos moldes do *homestead* americano, para conferir proteção jurídica as entidades familiares que foram prejudicadas quando o mundo foi atingido pela crise do petróleo entre as décadas de 70 e 80.

Diante do cenário em que se encontrava o país, afundado na inflação mesmo após a superação mundial da referida crise econômica. Com o fim de diminuir os efeitos dessa crise e impedir que as famílias tivessem seus imóveis leiloados e penhorados para saldar suas dívidas, fora criada as duas possibilidades de reconhecimento do bem de família, o bem de família legal e o voluntário.

Deste modo, bem de família voluntário é aquele regulamentado no código civil, cuja instituição é formal e depende de expressa manifestação dos instituintes, enquanto o bem de família legal é aquele previsto na Lei 8.009/1990, em que a proteção da moradia é conferida pelo Estado de forma automática, independentemente de formalidades, ao imóvel de menor preço, ou ao único imóvel destinado à moradia da entidade familiar.

Importante salientar, contudo, que a proteção do imóvel residencial conferida ao bem de família não é absoluta. Foram insculpidas algumas exceções que podem ser oponíveis à sua impenhorabilidade, dentre elas a possibilidade de penhora do bem de família daquele que presta fiança em contratos de locação.

A fiança, um contrato de garantia pessoal em que, o fiador assume a obrigação perante o credor, de satisfazer a prestação devida pelo devedor caso este não a faça, é, certamente, a espécie de garantia locatícia mais usual, por não representar custos para o locador e nem para o locatário. Porém, coloca indiscutivelmente em risco o direito de moradia do fiador e de sua família.

Diante disto, coloca-se em pauta o referido tema, com o questionamento de que, por que a mera garantia de alugueis de um locatário deveria se sobrelevar ao direito de moradia do fiador e de sua família? Por que o fiador pode perder seu único imóvel residencial por uma dívida que, preliminarmente, nem é sua, enquanto o verdadeiro proprietário da dívida não pode perder o seu? Onde está a observância aos princípios da dignidade humana, da isonomia e de um patrimônio mínimo?

De maneira no mínimo negligente, o Supremo Tribunal Federal respondeu essas perguntas baseando-se na autonomia da vontade, ao simples argumento de que o cidadão tem a total liberdade de escolher livremente se deve ou não ser fiador em um contrato de locação de imóvel urbano e, sendo esta a escolha, de arcar com os riscos que a condição de fiador implicará, sobrepondo-se, assim, com maior relevância, os direitos de crédito do mercado imobiliário e do locador em prejuízo de alguns dos direitos fundamentais do fiador e de sua família.

Esqueceram-se, no entanto, que a moradia é um preceito de ordem pública de extrema importância para a pessoa humana. Esse direito é a porta para se ter acesso a outros direitos fundamentais como a alimentação, a saúde, a educação, o lazer, o descanso e muitos outros. É totalmente admissível ao Estado intervir nas relações entre particulares a fim de assegurar aos indivíduos tal prerrogativa, ao invés de deixar que as pessoas comprometam seu patrimônio de maneira tão séria, sem, muitas vezes, nem saber dos riscos aos quais estão se expondo.

O direito à moradia está relacionado com um complexo de direitos que a pessoa necessita para se viver com o mínimo de dignidade. Este direito deveria sim ser

tutelado de maneira mais rigorosa pelo Estado, fazendo-se prevalecer o interesse social, a dignidade e o valor das pessoas em detrimento da liberdade contratual e dos interesses patrimoniais meramente individualistas dos credores e do mercado imobiliário.

Quando em detrimento do direito à moradia, garantir o cumprimento de obrigação de terceiro, não poderia jamais ter o condão de desapossar ou desapropriar o fiador e sua família de seu único imóvel residencial.

Logo, defende-se ser inconstitucional a referida norma, na medida em que viola o direito à moradia; o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, ao tratar situações iguais de forma desigual e a garantia de um patrimônio mínimo necessário para se viver com dignidade.

4. CONCLUSÃO

É inegável que a moradia tem um papel essencial na vida de todos. Este direito não possui apenas a conotação de habitação, pois vai muito além de se ter uma casa própria para poder morar. Envolve condições de qualidade de vida, de higiene e conforto, porquanto preserva a intimidade pessoal e a privacidade familiar, a saúde, lazer, e muitos outros.

Foram demonstrados, no decorrer do trabalho, vários aspectos que mostraram que a intenção do legislador, através do bem de família, visava dar maior proteção à dignidade do indivíduo e de sua entidade familiar, resguardando-se o direito fundamental à moradia frente aos outros, uma vez que este possui natureza existencial, além de ser um direito social imprescindível para a pessoa humana, o qual o direito ao crédito não pode sobrepujar.

Ainda que se tenha entendimento expresso proferido pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação é permitida, acredita-se que o objetivo do presente trabalho fora cumprido, pois demonstrou-se que essa constitucionalidade fere diversos direitos fundamentais, tais como a garantia de um patrimônio mínimo necessário para se viver com dignidade; o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia e, principalmente, o princípio da moradia.

Para a solução do problema, orienta-se uma melhor e mais rigorosa intervenção do Estado para quando o assunto em pauta for a moradia dos indivíduos e de sua família, fazendo-se prevalecer este direito fundamental ao invés da liberdade contratual, da autonomia da vontade e dos interesses patrimoniais meramente individualistas dos credores e do mercado imobiliário. Em outras palavras, admitir-se que este instituto é, na verdade, inconstitucional.

Como solução menos radical, indica-se também a possibilidade do fiador que teve seu bem de família penhorado, quando na via de regresso, poder penhorar o bem de família do locatário, para assim, de maneira igual, ver o seu prejuízo compensado

Fora utilizado na realização deste estudo a pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a renomados autores no direito de família, monografias de ex colegas estudantes do Centro Universitário de Lavras, artigos científicos publicados em sites e revistas de direito, além de decisões e entendimento recentes do nosso tribunal.

Aponta-se como dificuldade no momento de executar o presente trabalho, a falta de experiência do autor deste para com as regras e normas formais de confeccionamento de trabalhos científicos.

Por fim, conclui-se o presente orientando os próximos interessados a seguir nesta linha e tema de pesquisa, um melhor comprometimento para com a matéria metodologia da pesquisa. No início, essa matéria não se parece tão importante, porém a sua ausência se reflete muito no futuro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, K. A. S. **Conceito de Família**. 13 de novembro de 2014 Fonte: Jus Brasil: <<https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151335962/conceito-de-familia>>. Acesso em 04 de Abril de 2019
- AZEVEDO, A. V. **Bem de Família: com comentários à Lei nº 8.009/90**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- BRASIL. **LEI Nº 8.009/90**. 29 de Março de 1990. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em 08 de Abril de 2019.
- BRASIL. **Súmulas**. 20 de Abril de 1998. Disponível em Legjur: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-364,21501.html>>. Acesso em 16 de Abril de 2019
- BRASIL. **LEI nº 10.406**. 10 de Janeiro de 2002. Fonte: Planalto: 1<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 16 de Abril de 2019.
- BRASIL. **Súmulas**. 31 de Outubro de 2008. Fonte: Conteúdo Jurídico: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-364,21501.html>>. Acesso em 07 de Abril de 2019.
- BRASIL. (08 de 02 de 2006). **Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 407688 SP, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 08/02/2006**. Fonte: Jusbrasil: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761975/recurso-extraordinario-re-407688-s>>. Acesso em 27 de Abril de 2019.
- CARVALHO, D. M. **Direito das Famílias**. Lavras: RJR. 2014.
- CARVALHO, D. M. **Direito das Famílias**. São Paulo: Saraiva. 2018.
- CINTRA, B. S. **As cláusulas exorbitantes do contrato de locação de imóveis urbanos**. Monografia , Monografia - Unilavras, Lavras. 2017.
- COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 2005.
- DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA. 2009.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2007.

DONATINI, M. **Tipos de Família**. 21 de novembro de 2016. Disponível em: JusBrasil: <<https://marianadonatini.jusbrasil.com.br/artigos/407076137/tipos-de-familia>>. Acesso em 07 de Abril de 2019

DUARTE, G. A. **Conteúdo Jurídico**. 23 de Dezembro de 2014. Disponível em A evolução histórica do bem de família e a sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-do-bem-de-familia-e-a-sua-disciplina-no-ordenamento-juridico-brasileiro,51700.html>>. Acesso em 11 de Junho de 2018.

GAGLIANO, P. S.; PAMPULHA FILHO, R. **Direito Civil, volume 4, contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva. 2012.

GODINHO, C. D. **Família Anaparental**. 24 de Abril de 2018. Disponível em: Jurídico Certo: <<https://juridicocerto.com/p/cleusa-magalhaes/artigos/familia-anaparental-4478>>. Acesso em 07 de Abril de 2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2016.

LARA, J. **A flexibilização do conceito legal do bem de família**. 18 de Abril de 2017. Disponível em: Jus Brasil: <<https://jhonatanlara.jusbrasil.com.br/artigos/449980360/a-flexibilizacao-do-conceito-legal-do-bem-de-familia>>. Acesso em 10 de Abril de 2019.

LÔBO, P. **Famílias**. São Paulo: Saraiva. 2011.

MENESES, F. C. **Perspectivas acerca das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal**. 22 de Outubro de 2014. Disponível em: Jus.com: <<https://jus.com.br/artigos/33062/perspectivas-acerca-das-excecoes-a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-legal>>. Acesso em 14 de Abril de 2019.

MUNIZ, B. B. **STF continua a destruir o Direito: o caso do bem de família na locação comercial**. 27 de Julho de 2018. Disponível em: Jusbrasil: <https://lbmadogados.jusbrasil.com.br/artigos/605409748/stf-continua-a-destruir-o-direito-o-caso-do-bem-de-familia-na-locacao-comercial?utm_campaign=newsletter-daily_20180730_7394&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em 25 de abril de 2019.

ORTMEIER, E. J.; LOCATELI, C. C. A Inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos locatícios. **Revista Grifos**, São Paulo, volume 30, p. 61-79. 2011.

PROENÇA, B. G. **Impenhorabilidade de bem de família tem exceções**. 25 de Setembro de 2018. Disponível em: Guedert Advogados:

<<http://guedert.adv.br/impenhorabilidade-de-bem-de-familia-tem-excecoes/>>. Acesso em 14 de Abril de 2019.

RABONI, A. **Explicando o modelo de família patriarcal**. 03 de Setembro de 2008. Disponível em: Acerto de contas: <<http://acertodecontas.blog.br/artigos/explicando-o-modelo-de-familia-patriarcal/>>. Acesso em 04 de Abril de 2019.

RANGEL, H.; SILVA, J. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade. **Veredas do Direito**, 57 - 78. 2009.

SILVA, R. K. **A Multiparentalidade no Direito de Família Brasileiro**. Monografia, Monografia (sobre direito de família) - Unilavras, Lavras. 2017.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil - Vol único**. São Paulo: Método. 2015.

TÁRTUCE, F.; SÍMÃO, J. F. **Direito de Família**. São Paulo : Método LTDA. 2012.

TARTURCE, F. **Penhora de imóvel de família de fiador é inconstitucional**. 26 de Agosto de 2005. Disponível em: Conjur: <https://www.conjur.com.br/2005-ago-26/penhora_imovel_familia_fiador_inconstitucional>. Acesso em 27 de Abril de 2019.

THEODORO JÚNIOR, H. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense. 2001.