

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA POR OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE FIANÇA CONCEDIDA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

Júlia Vingren Ferreira Oliveira¹

Keylla Thalita Araújo²

Maria Eduarda Fiorilo Rocha Baquim³

Resumo: A Lei 8.009/90, que regulamenta o chamado “bem de família legal”, estabelece a impenhorabilidade do imóvel do devedor que serve de residência à sua entidade familiar. Essa regra geral comporta poucas exceções, reguladas no art. 3º do referido diploma legal. Neste artigo, discorreremos sobre a inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90, à luz do direito fundamental à moradia, incluído no art. 6º da Constituição Federal pela EC 26/00. Os tribunais superiores entendem não haver incompatibilidade entre o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 e o art. 6º da CF/88. Contudo, em recente *distinguishing*, o STF aplicou interpretação restritiva ao dispositivo mencionado, inadmitindo a penhora do bem de família do fiador em caso de contrato de locação comercial. Discordamos do posicionamento majoritário dos tribunais superiores, entendendo que o inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90 não foi recepcionado pela EC 26/00 e vemos o recente *distinguishing* como

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Avançado de Governador Valadares. Estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Avançado de Governador Valadares. Estagiária da Defensoria Pública da União de Governador Valadares.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Avançado de Governador Valadares. Estagiária da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

uma decisão acertada do STF, contudo, ainda insuficiente.

Palavras-chave: Bem de Família. Fiança locatícia. Direito à Moradia.

INTRODUÇÃO

O bem de família é tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro e pode ser instituído de duas formas. Primeiramente, existe o bem de família convencional, regulado pelo Código Civil de 2002, também conhecido como bem de família voluntário, uma vez que é instituído pela própria entidade familiar, mediante a escritura no Registro Geral de Imóveis. Além disso, há a figura do bem de família legal, que é disciplinado pela Lei 8.009/90 e é objeto do presente artigo. Nesse sentido, o art. 1º da referida lei conceitua o bem de família legal, determinando que o imóvel residencial próprio da entidade familiar será impenhorável, ou seja, o bem de família não pode responder por qualquer tipo de dívida. Contudo, a lei determina exceções a essa impenhorabilidade, em seu art. 3º.

Verifica-se, desse modo, que o texto legal faz menção à proteção da entidade familiar. Segundo Tartuce⁴, a lei que disciplina o bem de família legal é uma importante norma de ordem pública, porquanto protege tanto a família quanto a pessoa humana. Quanto a isso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem o entendimento, como se verá adiante, de que a impenhorabilidade do bem de família se estende, também, ao devedor que reside sozinho, seja ele solteiro, viúvo ou divorciado. Tal fato nos permite afirmar que o foco e objeto de proteção do instituto do bem de família não é a entidade familiar propriamente dita, mas sim a própria pessoa humana e seu direito fundamental à moradia, em conformidade aos direitos e garantias fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988⁵.

Num primeiro momento, necessário se faz pontuar sobre o contexto de surgimento do instituto. Nesse sentido, de acordo com Gonçalves⁶, o instituo teve origem no início do século XIX, no Estado do Texas, como consequência da crise econômica enfrentada pelos Esta-

⁴ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v; 5: Direito de Família, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 617

⁵ Ibidem. p. 611.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 6: Direito de Família, 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 588-589

dos Unidos da América. Com isso, foi promulgado o *homestead act*, no ano de 1839, que permitia a isenção de penhora às pequenas propriedades que serviam como moradia do devedor. Nesse contexto surgiu o instituto do *homestead*, que serviu de inspiração para outros países, assim como o Brasil.

No âmbito do direito interno brasileiro, verifica-se que o instituto foi introduzido juridicamente com o Código Civil de 1916, que disciplinava a proteção à moradia em seus arts. 70 a 73. Posteriormente, houve o Decreto-Lei nº 3.200/41, que dispunha sobre a organização e a proteção da família e regulamentava o modo de instituição e extinção do bem de família, de forma complementar ao Código Civil¹. Além disso, o decreto regulava o instituto no que diz respeito aos valores máximos dos imóveis². Contudo, a Lei n. 6.742/79 afastou tal limitação, permitindo, então, a isenção de penhora independentemente do valor do imóvel, alterando a redação do art. 19 do decreto supracitado.

Posteriormente, com o Código Civil de 2002, o instituto do bem de família voluntário passou a ser regulado dentro da matéria de direito de família, conforme os arts. 1.711 a 1.722 do referido Código.

Paralelamente a essa evolução, a Lei 8.009/90 instituiu o bem de família legal, também chamado de processual, obrigatório ou involuntário e que tem como objetivo a defesa da entidade familiar, entendida, aqui, como a própria pessoa humana, titular do direito fundamental à moradia previsto no art. 6º CF/88.

O elemento distintivo dessa modalidade de bem de família é que ela não depende de qualquer manifestação prévia de vontade da parte do beneficiado. A caracterização do imóvel como bem de família, e sua consequente impenhorabilidade, é um efeito que surge *de plano*, bastando, para tanto, que o imóvel esteja sendo utilizado como moradia pelo devedor e sua família³.

Ocorre que essa impenhorabilidade, conquanto possa ser alegada no curso de qualquer processo, encontra exceções, previstas nos diversos incisos do art. 3º do diploma legal. Dentre eles, está o inciso VII, que permite a penhora do bem por obrigação decorrente de fiança

¹ Arts. 20 a 22.

² Art. 19.

³ Um regramento que, aliás, tem recebido interpretação extensiva pela jurisprudência. Cf. Súmula 486 do STJ: “é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”.

concedida em contrato de locação.

Neste contexto, se faz necessário estudar a referida exceção por meio da pesquisa jurisprudencial, haja vista a divergência jurisprudencial e doutrinária existente a respeito de sua suposta inconstitucionalidade. Para tanto, analisaremos a posição doutrinária e, também, o entendimento dos tribunais superiores no que diz respeito à inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da lei 8.009/90.

Em um primeiro momento, discutiremos os precedentes firmados no Supremo Tribunal Federal (STF), através da análise do julgado paradigma do RE 407.688/SP. Em seguida, analisaremos a Súmula 549 do STJ, que versa sobre a validade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação. Por fim, examinaremos o RE 605.709/SP, julgado no dia 12/06/2018 pela primeira turma do STF, que decidiu, por maioria dos votos, que a penhora do bem de família do fiador só é aplicável às fianças apostas em contratos de locação residencial. No entender da corte, nos contratos de locação de imóvel comercial, a penhora do bem de família do fiador é inconstitucional e, portanto, nesses casos, o bem seria impenhorável.

1. ENTENDENDO O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA E A EXCEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ART. 3º, VII DA LEI 8.009/90

O bem de família legal é instituído pelo próprio Estado⁴, que impõe a todos, através de norma de ordem pública, a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. Todavia, ao contrário do que possa parecer, o objeto de proteção do instituto não é a entidade familiar em si, mas antes a pessoa humana e o direito social à moradia, previsto no art. 6º, *caput*, CF/88⁵.

É justamente fundado na premissa de que o instituto do bem de família serve à proteção da dignidade da pessoa humana e seu direito social à moradia que o STJ, por meio da súmula 364, estendeu a impe-

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 6: Direito de Família, 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 597.

⁵ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v; 5: Direito de Família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 670-671.

nhorabilidade também ao imóvel onde reside a pessoa solteira⁶.

Cumprе destacar, ainda, que a impenhorabilidade compreende não só o imóvel no qual a família reside, mas também todos os equipamentos e móveis que guarnecem a residência, desde que quitados, conforme disposição do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.009/90. Contudo, por força do art. 2º, da Lei 8.009/90, não são abarcados pela regra da impenhorabilidade os veículos de transporte e os adornos suntuosos. Embora seja uma discussão interessante, a definição do que seriam os “adornos suntuosos” foge ao escopo pretendido deste breve artigo.

Embora a regra seja pela impenhorabilidade do bem de família, a própria Lei 8.009/90 dispõe sobre algumas exceções, em seu art. 3º. Nos importa, neste artigo, a exceção constante no inciso VII do supracitado dispositivo legal, qual seja a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Em um primeiro momento, cumpre ressaltar que o inciso VII não constava na redação original do art. 3º da Lei 8.009/90, tendo sido acrescentado posteriormente pelo art. 82, da Lei 8.245/91, que trata da locação de imóveis urbanos. Segundo Neto⁷, o acréscimo se deu devido à retração do mercado de locação após a edição da Lei 8.009/90, que instituiu o bem de família legal sem necessidade de interveniência do proprietário do imóvel.

Assim, desde a promulgação da Lei 8.245/91 a questão da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação é controversa. Os debates em torno da questão se intensificaram ainda mais com a promulgação da EC 26/2000, que introduziu o direito à moradia no rol dos direitos sociais previstos no art. 6º, CF/88. Parte da doutrina afirma que o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 é inconstitucional por violar o art. 6º, CF/88⁸ e violar ainda os princípios da isonomia e da proporcionalidade, já que cria para o fiador situação mais gravosa do que para o próprio devedor⁹. Todavia, a posição adotada pelos Tribunais Superiores tem sido pela constitucionalidade do art. 3, VII, da Lei 8.009/90, apesar

⁶ Ibidem, p. 671.

⁷ NETO, João Hora. O Bem de Família, A Fiança Locatícia e o Direito à Moradia. Revista de Direito Privado | vol. 29/2007 | p. 173 - 200 | Jan - Mar / 2007, p. 2.

⁸ Ibidem, p. 2.

⁹ TARTUCE Flávio. Direito civil, v; 5: Direito de Família, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 668; GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 6: Direito de Família, 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 607.

das críticas traçadas pela doutrina.

2. O DEVER DE INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS DE FIANÇA LOCATÍCIA

Antes de analisar a exceção constante no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 em maiores detalhes, cabe, em um primeiro momento, a conceituação do contrato de fiança. Segundo Tartuce¹⁰, a fiança, ou caução fidejussória, é uma espécie de contrato onde o fiador garante ao credor a satisfação de uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. O autor aponta ainda que o contrato é celebrado entre o fiador e o credor, sendo que o primeiro assume uma responsabilidade sem que exista um débito (*Haftung ohne Schuld*).

Trata-se, pois, de um contrato unilateral, uma vez que apenas o fiador se obriga em relação ao credor. Em regra, é um contrato gratuito, pois o fiador não recebe nenhuma remuneração pela garantia prestada. Assim, na maioria dos casos, o contrato de fiança é um contrato benévolo, tendo em vista que o fiador atua apenas no interesse do devedor, garantindo ao credor o pagamento da dívida. Deste modo, doutrina e jurisprudência afirmam que o contrato de fiança admite apenas interpretação restritiva¹¹.

Pois bem, o contrato de fiança, sendo dependente do contrato principal, firmado entre o locatário e o proprietário, é um contrato personalíssimo, porque apenas pode ser adimplido pela pessoa do fiador; e subsidiário, respondendo o fiador subsidiariamente. Ou seja, o credor precisa exigir o adimplemento da dívida do devedor principal. Apenas caso o devedor principal não adimpla a dívida o credor pode exigir o seu cumprimento do fiador.

No contrato de fiança, em regra, a obrigação do fiador é subsidiária (art. 818, CC), dispondo ele do “benefício de ordem”. Contudo, é possível que as partes disponham o contrário, firmando como devedor solidário o fiador, o que é o mais usual nos casos de fiança locatícia. A jurisprudência entende ser válida a disposição dessa cláusula de renúncia ao benefício de ordem.

A relação de dependência necessária entre o contrato principal

¹⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie, v. 3, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 497.

¹¹ Ibidem, p. 498.

e o contrato de fiança evidencia que ambos apresentam a mesma razão substancial, motivo pelo qual a ambos deveria se aplicar o mesmo direito.

Desta forma, o princípio da isonomia não é observado, uma vez que não é dispensado tratamento igualitário aos iguais, conforme prevê a Constituição Federal. O locatário, devedor principal, e o fiador são tratados de forma desigual, já que, inadimplente, o devedor principal é beneficiado pela cláusula de impenhorabilidade de seu imóvel residencial, enquanto o fiador pode ter seu bem de família penhorado.

Nos inúmeros e frequentes casos em que, tendo as partes fixado cláusula de renúncia ao benefício de ordem, estabelecendo o fiador como devedor solidário, o bem de família do fiador é alcançado, a eventual proposição, pelo fiador, de uma ação de regresso contra o devedor principal não obterá sucesso. Uma vez que o bem de família do devedor principal é protegido pela cláusula de impenhorabilidade, enquanto o bem de família do fiador é passível de ser penhorado, ocasional ação de regresso não obterá êxito.

Neste sentido, o fiador assume a obrigação de forma gratuita, sem auferir nenhum benefício, apenas para auxiliar o devedor principal, geralmente um parente, não sendo informado corretamente acerca do dispositivo legal da Lei do Bem de Família que prevê a exceção à impenhorabilidade e acerca das posições majoritárias jurisprudenciais, que não protegem o seu bem de família.

É importante enfatizar o dever de informação nos contratos de fiança locatícia, que impõe a obrigação de informar o fiador sobre a possibilidade de perda do seu imóvel pela penhora. Esse dever é fundado na cláusula geral de boa-fé (art. 422, CC), segundo a qual os contratantes devem guardar, na execução e na conclusão do contrato, os princípios de probidade e boa-fé, o que inclui o dever de não sonegar informações significativas a respeito do conteúdo do contrato.

O fiador tem, assim, o direito de ser informado sobre o significado da renúncia ao benefício de ordem e sobre o posicionamento jurisprudencial majoritário que vige atualmente, qual seja o de que o locador poderá executá-lo para cobrar o adimplemento da dívida.

Nas situações em que os contratantes firmam cláusula de renúncia ao benefício de ordem, o credor tem uma possibilidade maior de alcançar o imóvel do fiador, já que neste caso ele responde solidaria-

mente. Daí advém o direito do fiador em ser corretamente informado.

Em caso contrário, nas situações em que não é firmada cláusula de renúncia ao benefício de ordem, hipótese menos comum, remanesce o direito do fiador em ser bem informado. Nestes casos, também é possível ao credor cobrar o adimplemento do fiador caso, já havendo antes cobrado o pagamento do devedor principal, esse não tenha adimplido a dívida. Nestas hipóteses, o fiador é responsável subsidiariamente pela dívida.

O art. 422 do CC trata, assim, da cláusula geral de boa-fé, que exige que os contratantes se comportem corretamente durante as tratativas e ao longo da formação e do cumprimento do contrato. Segundo Carlos Roberto Gonçalves¹², a boa-fé é forma de conduta (subjetiva) e norma de comportamento (objetiva), sendo a boa-fé objetiva estruturada na honestidade, na lealdade e na consideração em relação aos interesses do outro contratante, sobretudo no dever de não lhe omitir informações importantes sobre o objeto do negócio jurídico.

Desta forma, a boa-fé de que trata o CC/02 é a boa-fé objetiva, regra de conduta que impõe o dever de se comportar de boa-fé em todas as obrigações firmadas. Neste sentido, o art. 422 se constitui como o fundamento legal do dever de informação, que, nos contratos de fiança, se traduz como o dever de prestar informações ao fiador sobre o conteúdo do contrato. Ou seja, o dever de informar ao fiador sobre cláusulas como a renúncia ao benefício de ordem, sobre a possibilidade do seu bem de família ser penhorado e acerca das demais questões pertinentes em relação ao objeto do contrato.

O CDC trata do dever de informação em seu art. 6º, III, preceituando que o consumidor tem o direito básico a informação adequada e clara acerca dos produtos e serviços, com designação correta de quantidade, qualidade, características, composição, tributos incidentes e preço, e sobre os riscos que apresentem. Essa norma também é regida pelo princípio da boa-fé e pela retidão e transparência nas relações de consumo.

O direito à informação encontra fundamento na CF/88, no art. 5º, XIV, que assegura a todos o acesso à informação. No CDC, esse direito resguarda ao contratante a informação das características e riscos

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro v. 3: Contratos e atos unilaterais*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 59.

do produto ou serviço objeto do contrato. O objetivo dessa previsão, no art. 6º, III, é possibilitar a escolha consciente do consumidor e a sua anuência.

Os contratos de fiança podem ser firmados entre duas pessoas naturais, sem que haja a intervenção de uma imobiliária, embora essa hipótese seja menos comum. Nesses casos, os contratos não se inserem em uma relação de consumo, uma vez que essa relação depende da existência de um fornecedor, de um serviço ou produto e de um consumidor, e não se aplicam aos contratos os deveres de informação disciplinados no CDC.

Contudo, é importante ressaltar que a maioria dos contratos de fiança são redigidos por empresas imobiliárias, que estipulam as cláusulas de forma unilateral, estabelecendo todas as condições do contrato e dando margem a uma ínfima liberdade contratual. Então, resta ao locatário e ao fiador aceitar o contrato em sua integralidade, caso em que, ao procederem à leitura do contrato, não têm condições de compreendê-lo; ou recusá-lo em bloco. No primeiro caso, sendo celebrado o contrato, as partes mais débeis das relações negociais, locatário e fiador, aderem a cláusulas muitas vezes obscuras e abusivas, sem que deste fato tenham conhecimento.

Nos casos em que o contrato de fiança é firmado com a intermediação de uma imobiliária, essa é fornecedora de um produto, o imóvel, e é configurada uma relação de consumo, já que há a presença de um fornecedor, de um produto e de um consumidor, o locatário. Sendo assim, são aplicados os deveres reforçadores de informação dispostos no CDC, ao qual devem, nesse caso, serem subordinados os contratos de fiança, em conformidade com a boa-fé objetiva, e protegidos em face de cláusulas contraditórias e abusivas, em harmonia com o Código Civil.

Contudo, a relação de consumo é estabelecida entre o fiador e a imobiliária, uma vez que ela é a fornecedora, e não entre o fiador e o locatário, de modo que a aplicação do CDC não obsta a penhora do bem de família do fiador, mas pode, em situações eventuais, justificar a responsabilidade civil da imobiliária.

Nesse sentido, nos parece excessivo e contraditório a penhora do bem de família do fiador sem a anuência expressa deste, tendo em vista que impõe à sua declaração de vontade conteúdo claramente diverso do pretendido. Afinal, ao realizar o contrato de fiança, a intenção do fiador é tão somente garantir ao credor o cumprimento da obrigação assumida pelo afiançado, e não a renúncia ao seu direito fundamental à

moradia.

Muito embora pudesse se afirmar que haveria a concordância do fiador na penhora de seu bem de família por expressa disposição legal, tal afirmação não se coaduna com a interpretação restritiva do contrato de fiança. Isso porque, ainda que o desconhecimento da lei seja inescusável¹³, há que se considerar que o conhecimento do homem médio brasileiro a respeito da regulação dos contratos de fiança é parco. Destarte, seria descomedido presumir que ao contrair um contrato de fiança locatícia, o fiador esteja concordando também com a penhora de seu bem de família.

Por fim, outro argumento a favor da inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.099/90, que merece nossa atenção, é o fato de que a penhora do bem de família do fiador afronta o princípio da proporcionalidade. A desproporcionalidade fica ainda mais evidente quando se analisa que o bem de família do próprio locador não pode ser penhorado e ainda que, conforme já observado, em eventual ação de regresso contra o afiançado, o fiador não poderá requerer a penhora do bem de família daquele. Assim, enquanto o bem de família do fiador – em claro detrimento ao seu direito fundamental à moradia – pode ser penhorado para satisfazer uma obrigação, via de regra, gratuita, o bem de família do devedor permanece resguardado.

É inadmissível que seja dispensada menor importância à dignidade do fiador e da sua família, havendo mecanismos mais eficazes em assegurar o direito à moradia do locatário, como o seguro de fiança locatícia, disciplinado pelo artigo 37, inciso III, da Lei de Locações, que retira o caráter pessoal do contrato de fiança e garante ao locador o recebimento dos aluguéis.

3. ENTENDENDO A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90

Neste segundo tópico será analisado com maior profundidade a posição até então sustentada pelo STF e pelo STJ acerca da constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90.

De fato, o inciso VII provocou grande celeuma na jurisprudência e vários tribunais deixaram de aplicar a referida exceção de impe-

¹³ Art. 3º, DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.

nhorabilidade por considerem-na inconstitucional.¹⁴ O debate chegou, então, às cortes superiores, inclusive ao STF.

Tanto o STF¹⁵, quanto o STJ¹⁶ concluíram pela possibilidade de penhora do bem de família do fiador de contratos de locação. Os argumentos desenvolvidos pelas Cortes foram no sentido de que a exceção prevista no inciso VII, do art. 3º, da Lei do Bem de Família não afrontava o direito à moradia, previsto no art. 6º do diploma constitucional, e que essa exceção era necessária para garantir o bom funcionamento do mercado de imóveis.

Analisaremos criticamente o RE 407.688/SP, no qual o STF decidiu pela constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, bem como a súmula 549 do STJ, que, igualmente, consolidou o entendimento desta corte no sentido de que é válida a penhora do bem de família ocorrida nos termos do dispositivo em questão. Por fim, estudaremos o recente *distinguishing* feito pelo STF, que decidiu que a exceção prevista no art. 3º, VII, não se aplica aos contratos de locação comercial.

3.1. A POSIÇÃO DEFENDIDA PELO STF NO RE 407.688/SP

O STF se manifestou pela primeira vez a respeito da constitucionalidade do art. 3º, VII, no RE 352.940/SP¹⁷ e no RE 449.657/AC¹⁸, julgados monocraticamente pelo Min. Carlos Velloso em 2005. Nesse primeiro momento, a posição do STF foi pela não recepção do art. 3º, VII da Lei 8.009/90 pela EC 26/00, que incluiu no art. 6º da CF/88 o direito fundamental à moradia. Segundo o Min. Carlos Vel-

¹⁴ Nesse sentido foram os seguintes julgados: 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; TJMS, Agravo Regimental 2011.019868-4/0001-00, Campo Grande, 5.ª Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJEMS 08.09.2011, p. 34; TJSE, Agravo de Instrumento 2008203947, Acórdão 3.245/2009, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Dinart Déda Chagas, DJSE 11.05.2009, p. 11 e TJPR, Agravo de Instrumento 352151-1, Acórdão 4.269, Curitiba, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Mercis Gomes Aniceto, j. 16.11.2006, DJPR 1.º.12.2006.

¹⁵ STF, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cezar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006.

¹⁶ Súmula 549 STJ, 2º SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015

¹⁷ STF, RE 352.940/SP, dec. mon. Min. Carlos Velloso, j. 25/04/2005, DJ 09/05/2005.

¹⁸ STF, RE 449.657/SP, dec. mon. Min. Carlos Velloso, j. 27/05/2005, DJ 09/05/2005.

loso, o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 feriria gravemente o princípio da isonomia, tratando desigualmente situações iguais.

Contudo, a primeira oportunidade em que o plenário do STF teve a oportunidade de se manifestar a respeito da questão foi no julgamento do RE 407.688/SP, em 8 de fevereiro de 2006¹⁹. Nessa ocasião, o entendimento do tribunal foi em sentido contrário ao adotado no julgamento do RE 352.940/SP e do RE 449.657/SP, atestando a constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90. Em momentos posteriores o Tribunal voltou a se manifestar sobre a questão²⁰, mas sempre para reforçar o entendimento firmado no RE 407.688/SP. Por esse motivo, concentramos nossa análise do julgado paradigma da questão.

O objetivo do Recurso Extraordinário em questão era determinar se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persistiria com o advento da EC 26/00, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais do art. 6º, CF/88.

Destaca-se no julgamento do RE 407.688/SP os votos proferidos pelo Relator, Min. Cezar Peluso, e o voto representativo da divergência, proferido pelo Min. Eros Grau. Assim, com intuito de se evitar repetições desnecessárias, passemos a analisar com mais detalhes os votos em questão, trazendo à tona os argumentos complementares aduzidos pelos demais Ministros.

3.1.1. O VOTO DO MIN. CEZAR PELUSO

Segundo o relator do Recurso Extraordinário, Min. Cezar Peluso²¹, o direito à moradia seria um direito social que, em sua dimensão objetiva, supõe previsão legal de prestação aos cidadãos por parte do Estado. O relator afirmou ainda, em seu voto, que o direito social à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária. Assim, este direito poderia ser concretizado através de normas jurídicas que

¹⁹ STF, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cezar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006.

²⁰ Nesse sentido, são os seguintes julgados: STF, RE-AgR, 477.953/SP, 2º Turma, rel. Min. Eros Grau, j. 28/11/2006, DJ 02/02/2007; STF, AI-AgR 584.436/RJ, 2º Turma, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/02/2009, DJe 12/03/2009; STF, RE 612.360 RG/SP, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/08/2010, DJe 02/09/2010;

²¹ STF, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cezar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em 08 de jun. de 2020. p. 03.

estimulem ou favoreçam o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, por meio de previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. Posto de outra forma, o próprio dispositivo que prevê a penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação pode ser visto como uma forma de concretização do direito à moradia.

Para o relator, a inexistência de outros meios lícitos eficientes para garantir o crédito do locador pode gerar, a longo prazo, a indisponibilidade de imóveis residenciais para a locação. Assim, em face da inexistência de meios igualmente eficazes para satisfazer o crédito do locador, a penhora do bem de família do fiador é medida necessária para garantir a manutenção do mercado imobiliário de locação.

Partindo da premissa adotada pelo relator, ao considerar inconstitucional a penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação imobiliária, estar-se-ia privilegiando o direito à moradia de uma minoria – proprietários de imóvel –, em detrimento de uma minoria – aqueles que não possuem imóvel próprio, portanto, precisam recorrer à locação.

Para além dos argumentos aduzidos pelo Min. Relator, o Min. Joaquim Barbosa²², complementou ainda que a decisão de prestar fiança é expressão da liberdade individual. Assim, ao concordar em prestar fiança à contrato de locação, o fiador o faz, ciente de que está colocando em risco o seu bem de família. Assim, partindo da premissa de que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, é possível a sua autolimitação, como ocorre nos contratos de fiança locatícia.

3.1.2. O VOTO DO MIN. EROS GRAU

Proferiram voto divergente do relator, além do Min. Eros Grau, os Ministros Carlos Britto e Celso de Melo. Em voto extremamente consistente, o Min. Eros Grau²³ demonstrou a desproporcionalidade da penhora do bem de família do fiador, quando a penhora do bem da família do próprio locatário é vedada. O Min. Eros Grau ponderou ainda que o direito social à moradia não deve ser visto como uma norma de caráter programático, de modo que o legislador se encontra vinculado pelos seus preceitos. Para o Min., o art. 3º, VII da Lei 8.009/90 não teria

²² Ibidem, p. 20.

²³ Ibidem p. 11.

sido recebido pela EC 26/00.

Contrapondo-se à fundamentação do Min. Cezar Peluso, Eros Grau ressaltou que existiriam formas alternativas de se garantir o crédito do locador tão eficazes quanto a fiança pessoal. Um exemplo seria a caução, que para ele, representaria uma garantia muito mais efetiva e menos burocrática do que penhora do bem de família do locador, na medida em que pode ser executada extrajudicialmente. Outra alternativa viável seria a fiança bancária, que satisfaria igualmente o interesse do locador, sem o inconveniente de colocar em risco o bem de família do fiador, e consequentemente o seu direito social à moradia. No entender de Eros Grau, o Min. relator teria partido de uma premissa equivocada na elaboração de seu voto, deixando-se levar pela lógica de mercado em detrimento do direito social à moradia do fiador no contrato de locação.

O Min. Eros Grau ponderou, ainda, que a permissão de penhora do bem de família do locador feriria o princípio da isonomia e da proporcionalidade: caso o locatário possua imóvel residencial considerado bem de família, este não poderá ser penhorado para o cumprimento das obrigações decorrentes do aluguel de imóvel. Ainda, o próprio fiador, em ação de regresso, também não poderá penhorar o bem de família do afiançado. Desse modo, o art. 3º, VII, Lei 8.009/90 acabaria por colocar o fiador, que atua gratuitamente apenas no interesse do afiançado, em situação de extrema desvantagem, o que, de certa forma, acaba por desestimular que as pessoas que possuem apenas um único imóvel sejam fiadoras nos contratos de locação.

Ademais, a justificativa de proteção do direito de uma maioria, que inevitavelmente deve fazer uso do contrato locação para satisfazer o direito à moradia, em detrimento do direito de uma minoria, aqueles que satisfazem o direito à moradia residindo em imóvel próprio, tampouco se sustenta. De fato, como pontual o Min. Relator Cezar Peluso, o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária²⁴. Por certo, a delimitação do conteúdo abrangido pelo direito à moradia é uma tarefa complexa, tendo em vista que o texto constitucional não traz parâmetros explícitos para a sua definição. Assim, de acordo com Sarlet et. al²⁵ devemos recorrer aos critérios materiais desenvolvidos no âmbito do sistema internacional, adequando-os a nossa realidade in-

²⁴ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 670

²⁵ Ibidem, p. 670

terna.

De toda forma, apesar de não se confundir com o direito à propriedade imobiliária e da dificuldade de sua delimitação, Sarlet et. al.²⁶ aduz que o direito à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa – ou seja, um direito de defesa em face do Estado e do particular – e de natureza positiva – ou seja, um direito à prestações por parte do Estado. Dessa maneira é inegável que a natureza negativa do direito à moradia compreende o direito de defesa da propriedade imobiliária do bem de família. Inclusive, o próprio governo federal possui políticas públicas de estímulo à aquisição de imóveis como forma de concretização do direito fundamental à moradia, como exemplo podemos citar o programa Minha Casa Minha Vida²⁷.

Destarte, tendo a constituição de maneira isonômica garantido o direito à moradia à todos – tanto aos que possuem propriedade imobiliária, quanto àqueles que não possuem – não se mostra razoável sacrificar o direito à moradia daqueles que possuem imóvel próprio em prol do suposto direito daqueles que não possuem. Ainda mais, se considerar como o exposto, que existem outras maneiras, igualmente eficazes, de garantir que as pessoas que não possuem imóveis tenha acesso à imóveis alugados.

A Constituição é isonômica, garantindo a todos o direito à moradia, art. 6º, CF/88, e não apenas àqueles que não possuem imóvel próprio. O direito à propriedade, neste caso, é uma das formas de concretização do direito à moradia, que inclusive é estimulada por políticas públicas do governo federal, como e que também justifica a própria impenhorabilidade do imóvel residencial próprio da família.

Complementando o voto do Min. Eros Grau, e contrapondo à questão levantada pelo Min. Joaquim Barbosa, o Min. Carlos Britto²⁸, afirmou que o direito à moradia é uma necessidade essencial à existência, de modo que seria indisponível e não potestativo, e que, assim, o fiador – no que cinge ao contrato de fiança, que visa garantir situação

²⁶ Ibidem, p. 671

²⁷ É importante deixar claro que o Min. Eros Grau não fez menção ao programa Minha Casa Minha Vida em seu voto, mesmo porque o programa só foi criado em 2009 (Lei 11.977/09), e o voto foi proferido em 2006. Trata-se de ponderação feita pelas autoras, de modo a corroborar com os argumentos aduzidos pelo ministro à época.

²⁸ STF, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cezar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>, p. 22

de terceiro – não poderia dispor de seu imóvel nem mesmo por ato de sua vontade.

Nos parece, no entanto, extrema a conclusão do Min. Carlos Britto pela absoluta indisponibilidade do bem de família do locador. O que defendemos é que essa garantia não pode ser imposta *ex lege*, mas, ao contrário, deve decorrer da expressa e consciente vontade do fiador. Afinal, seria inútil impedir a penhora do bem de família do fiador, pois se fosse seu desejo se desfazer de seu imóvel para quitar uma dívida assumida, poderia facilmente aliená-lo.

Contudo, conforme assevera o Min. Carlos Britto, é improvável que fosse o desejo do fiador que seu bem de família – que, em muitos casos, representa a conquista de uma vida inteira – fosse penhorado para o adimplemento de uma obrigação subsidiária. Partir desse pressuposto coloca o fiador em situação extremamente desvantajosa, desproporcional à situação do próprio locatário e, por fim, fragilizando o seu direito fundamental à moradia.

3.2. A SÚMULA 549 DO STJ

Para entender a posição adotada atualmente pelo STJ é preciso, primeiro, fazer uma reconstrução da jurisprudência inicialmente adotada pelo Tribunal. A jurisprudência inicial do STJ considerava impenhorável o bem de família do fiador em contrato de locação, com o fundamento de que o art. 3º, VII, da Lei 8009/90 não teria sido recepcionado pela EC 26/00.

Essa posição foi adotada pelo STJ em 2005, no REsp 699.837/RS²⁹, tendo como fundamento o entendimento do STF, à época, da não recepção do mencionado artigo pela EC 26/2000. Como visto, no RE 252.940/SP, publicado em maio de 2005, o Supremo havia decidido que o art. 3º, VII, da Lei 8009/90 se tornara incompatível com art. 6º CF/88, em razão da alteração promovida neste disposto constitucional pela EC 26/00.

Ocorre que, em 2006, o STF decidiu, no RE 407 688/SP³⁰, que a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação a que

²⁹ STJ, RESp 699.837/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/08/2005, DJ 26/09/2005.

³⁰ STF, RE 407 688/SP, Pleno, Rel. Min. Relator Cezar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006.

se refere o art. 3º, VII, da Lei 8009, não afrontava o direito fundamental à moradia, instituído no art. 6º da CF/88. Com a mudança no entendimento do STF, o STJ reconsiderou a posição que vinha adotando e acompanhou o novo entendimento do STF.

No julgamento do AgRg no REsp 818273/RS³¹, em abril de 2006, o Relator, Min. Felix Fischer³², decidiu que, apesar de ter se posicionado pela impossibilidade da penhora do bem de família do fiador, nos julgados: REsp 745161/SP, REsp 699262/MG e REsp 699837/RS, curvava-se ao entendimento adotado pelo STF no recente julgamento do RE 407 688/SP de que é possível a penhora do único imóvel pertencente ao fiador em contrato de locação. Diante desses fatos, é possível concluir que, em se tratando de uma questão de matéria Constitucional, o STJ vem tentando acompanhar o STF.

Não obstante ter o STF decidido pela constitucionalidade do inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90 no julgamento do RE 407.688/SP, muitos tribunais continuaram a afastar a aplicação do dispositivo em questão, alegando a sua inconstitucionalidade. Assim, em outubro de 2015, o STJ teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão, momento no qual editou a súmula 549³³: *“É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”*.

O principal precedente que deu origem à súmula 549 foi o REsp 1.363.368/MS³⁴, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, recurso repetitivo julgado em novembro de 2014. Nesta ocasião, os Ministros da Segunda Seção do STJ deram provimento ao recurso especial, por unanimidade, e firmaram o entendimento de que é legítima a penhora operada em relação ao bem de família do fiador de contrato de locação, seguindo o voto do Relator.

Em resposta à alegação do recorrente de que haveria divergência na jurisprudência em relação à interpretação do inciso VII, do art. 3º, da Lei 8009/90 foi firmada, com fundamento no art. 543-C, do Código de Processo Civil, a tese cuja redação é a seguinte: *“É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação,*

³¹ STJ, AgRg no Resp 18.273/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 25/04/2006, DJ 22/05/2006.

³² Ibidem, p. 03.

³³ Súmula 549 STJ, 2º SEÇÃO, j. 14/10/2015, DJ 19/10/2015.

³⁴ STJ, REsp 1.363.368/MS, 2º Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12/11/2014, DJ 21/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>, p. 05.

ante o que dispõe o artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990”.

Ao proferir seu voto, o Relator, Min. Luis Felipe Salomão³⁵, afirmou que no julgamento do RE nº 407.688/SP, em fevereiro de 2006, a jurisprudência do STF declarou a constitucionalidade do controverso inciso VII, do art. 3º, da Lei 8009/90 perante o direito social à moradia, incluído no art. 6º CF/88 como direito fundamental, pela EC 26/00.

Assim, o Relator retomou os argumentos trazidos pelo Min. Joaquim Barbosa³⁶, no julgamento do RE 407.688/SP, aduzindo que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, de modo que, em caso de confrontos, um dos direitos acabaria por ser classificado. Aduziu, ainda, que a decisão de firmar um contrato de fiança seria reflexo do direito à liberdade - liberdade de firmar negócio jurídico contratual. Ao celebrar o contrato de fiança, a pessoa, por vontade livre e própria, estaria colocando em risco a efetivação de um direito fundamental garantido constitucionalmente.

Na conclusão do seu voto, o Relator³⁷ argumentou que no caso concreto sob discussão, a decisão recorrida afrontara o dispositivo sob o qual versava a controvérsia, o inciso VII, do art. 3º, da Lei 8009/90, ao afirmar a invalidade da penhora recaída sobre o bem de família do fiador, além de contrariar o entendimento já consolidado e pacificado tanto no STJ quanto no STF, motivo pelo qual deveria ser revisto e passar por reforma.

Cabe, ainda, analisar os fundamentos defendidos em alguns julgados que precederam a súmula.

Um deles é o AgRg no AResp 62411/SP³⁸, julgado em 2015. Os fundamentos apresentados pelo Relator, Ministro Marco Aurélio Belizze³⁹, para decidir favoravelmente à penhora, se sustentaram na argumentação desenvolvida em um julgado anterior do STJ, transcrito pelo Relator. O inc. VII, da Lei 8009/90 não distinguiria os casos em que o fiador reside com familiares, sendo uma distorção em relação à exceção prevista nesta Lei a restrição de sua aplicabilidade. Neste caso, o locador seria obrigado a examinar quais integrantes da família do fiador a fim de

³⁵ Ibidem, p. 13.

³⁶ Ibidem, p. 18.

³⁷ Ibidem, p. 21.

³⁸ STJ, AgRg no AResp 62411/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 10/03/2015, DJ 18/03/2015.

³⁹ Ibidem, p. 04

descobrir se poderia aceitar a fiança.

Além disso, a tese levantada pelos executados de que, em razão de serem marido e mulher, não poderiam ter sido locatário e fiadora, uma vez que a união conjugal daria lugar a mistura de seus patrimônios, não poderia subsistir. Sendo a fiança uma garantia pessoal, a princípio a ligação entre o patrimônio do fiador e do afiançado não ensejaria nenhuma nulidade, podendo resultar somente em consequências práticas quando objetivada a satisfação da dívida.

Ainda, é importante mencionar os fundamentos defendidos no julgamento do AgRg nos EDcl no Resp 911.321/RS⁴⁰, em 2010. Na ocasião, a recorrente intentava a suspensão de penhora de fração ideal de um apartamento deixado como herança por sua genitora, objeto de contrato de locação em que seu pai figurou como fiador, sendo proprietário dos demais 50% do apartamento.

Segundo a recorrente, por não ser fiadora do contrato de locação e, em face da indivisibilidade do imóvel e da sua natureza de bem de família, o apartamento não poderia ser penhorado parcialmente. Fundamentou a Relatora⁴¹, Ministra Laurita Vaz, que esses argumentos não podiam prosperar, uma vez que a dívida era objeto de execução movida em face de fiador em contrato de locação, além da falecida mãe da recorrente ter assinado o contrato de locação como fiadora. Assim, persistia o posicionamento do STJ segundo o qual o bem voltado à moradia do fiador poderia ser penhorado em função de obrigação contraída em pacto locatício, sendo aplicado o mesmo entendimento aos contratos celebrados antes da vigência da Lei 8245/91.

O posicionamento do STJ com a edição da súmula 549 evidencia a sobreposição do direito de crédito, direito disponível, ao direito social fundamental de moradia, para defender interesses mercadológicos que servem à cada vez mais crescente massificação do mercado imobiliário de locação.

Na linha do que defende grande parte da doutrina, defendemos, assim, a não recepção da exceção legal prevista no art. 3º da Lei 8009/90 pela Constituição Federal, sobretudo porque, enquanto lei maior do ordenamento jurídico, a Carta tutela o direito à moradia como um direito fundamental. É imprescindível que as condições básicas de manutenção

⁴⁰ STJ, AgRg nos EDcl no REsp 911.321/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/10/2010, DJ 25/10/2010.

⁴¹ Ibidem, p. 04.

de uma vida saudável e digna sejam asseguradas pelo Estado.

4. O RECENTE *DISTINGUISH* FEITO PELO STF

A Primeira Turma do STF se manifestou a respeito da inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 ao julgar o RE 605.709/SP⁴², em 2018. No caso em questão, as partes interpuseram recurso extraordinário contra acórdão proferido pelo TJSP, que rejeitou a alegação de impenhorabilidade do bem de família, objeto da constrição judicial, de modo que foi permitida a penhora do bem de família do fiador, a fim de adimplir dívida decorrente de fiança em contrato de locação comercial.

Neste sentido, os recorrentes defenderam que a decisão do TJSP violou o art. 6º, caput, da CF/88, sob o argumento de que, no caso, deveria prevalecer a proteção ao direito à moradia previsto em tal dispositivo, o qual deve gerar efeitos imediatos, de modo a se reconhecer que o bem de família é impenhorável. Além disso, sustentaram os recorrentes que o entendimento do TJSP não poderia ser aplicado ao caso concreto, uma vez que a fiança neste caso foi concedida em contrato de locação comercial, e não residencial.

Quanto a isso, verifica-se que o STF procedeu um *distinguishing* ao se manifestar sobre este caso. Primeiramente, é importante esclarecer e conceituar o que é “*distinguishing*”, o qual, na visão de Didier⁴³, ocorre quando há uma distinção entre o caso concreto e o caso paradigma, pelo fato de haver um confronto entre os fatos fundamentais determinantes do precedente e os fatos do caso concreto ou, ainda, caso exista alguma peculiaridade no caso concreto que afaste a aplicação do precedente.

Nesse sentido, nota-se que a matéria que ensejou a prolação do precedente do Tribunal, quando do julgamento do RE 407.688, se distingue da matéria do caso concreto julgado pelo RE 605.709/SP. Isso pois, o presente caso envolve penhora decorrente de garantia concedida em um contrato de locação de imóvel comercial, diferentemente do julgado supramencionado, em que a penhora do bem de família do fiador

⁴² STF, RE 605.709/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/06/2018, DJ 18/02/2019.

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória, 10ª ed. Editora Jus Podivm. p. 491.

é tida como constitucional nos casos envolvendo uma relação locatícia, contudo de natureza residencial. Portanto, são casos distintos, de modo que a técnica de distinção utilizada pelo STF serviu para readequar o caso concreto diante de um precedente-paradigma.

O Min. Dias Toffoli⁴⁴, relator do recurso extraordinário, proferiu voto no sentido de ser legítima a penhora no caso em questão, pois, em seu entendimento, não há que se fazer distinção entre o contrato de locação para fins residenciais e comerciais, haja vista que o próprio art. 3º, inciso VIII, da Lei nº 8.009/90 não faz qualquer diferenciação quanto à natureza do contrato. Desse modo, o Ministro defendeu a penhora do bem de família a independer da natureza e finalidade do contato locatício. Esse entendimento foi seguido pelo Min. Luís Roberto Barroso.

Já a Min. Rosa Weber e os Min. Marco Aurélio e Luiz Fux divergiram do relator, defendendo o entendimento de que a penhora do bem de família do fiador é inconstitucional quando o contrato de locação versar sobre imóvel comercial. Isso pois, nestes casos, a constrição visa satisfazer o crédito do locador e estimular a livre iniciativa. Desse modo, no entendimento dos ministros, a penhora do bem de família do fiador permitida pelo art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 não pode se estender aos contratos de locação de imóvel comercial.

Evidencia-se, com isso, uma acertada mudança de entendimento, uma vez que os ministros, ao defenderem a inconstitucionalidade da penhora de bem de família em contrato de locação comercial, optaram pela aplicação do preceito constitucional do direito à moradia, consagrado como direito social no art. 6º da Constituição de 1988, em detrimento ao direito à livre iniciativa e satisfação do crédito do locador de imóvel comercial.

Além disso, a Ministra ressaltou que a penhora do bem de família do fiador vai de encontro ao princípio da isonomia e ao princípio da proporcionalidade, uma vez que eventual bem de família de propriedade do próprio locatário não poderá se sujeitar à constrição e alienação forçada. Portanto, verifica-se que o fiador acaba se encontrando em situação de desvantagem e desproporcionalidade em relação ao próprio devedor principal, que é resguardado pela impenhorabilidade de seu bem de família. Nesse sentido, a Ministra defendeu que, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, no caso em que se tratar de

⁴⁴ STF, RE 605.709/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/06/2018, DJ 18/02/2019, p. 07.

imóvel comercial, não há que se falar em promoção do direito fundamental à moradia do credor, o que por si só justifica a não ocorrência da penhora.

Portanto, por maioria dos votos, restou decidido que, em se tratando de contrato de locação de imóvel comercial, deverá prevalecer a proteção do bem de família do fiador que figura na avença locatícia, de modo que nas fianças apostas em contratos de locação comercial, não será permitida a penhora do bem de família do fiador.

De certo, a permissão da penhora do bem de família do locador, por si só, fere os princípios mencionados pela Ministra Rosa Weber, a saber, isonomia e proporcionalidade, bem como o direito social à moradia. Nesse sentido, quanto ao princípio da isonomia, Sarlet et. al.⁴⁵ discorre sobre o direito à igualdade, previsto na Constituição, de modo que a lei, ao conceder um tratamento desigual a pessoas que se encontram na mesma situação, acaba indo de encontro ao princípio da igualdade formal. Além disso, para os autores, a igualdade material consiste na proibição de tratamento arbitrário que acabe gerando situações de desigualdade.

A partir desses conceitos, correto afirmar que a lei, ao permitir a penhora do bem de família do fiador, contudo vedando a penhora do bem pertencente ao próprio devedor principal, acaba conferindo tratamento desigual entre ambos (locatário e fiador), vez que protege o bem de um em detrimento do outro. Com isso, a lei gera uma situação de desigualdade, consistente na violação dos direitos à igualdade formal e material.

Nesse sentido, em que pese a posição até então sustentada pelo STF, que entende pela constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, é possível perceber que o acórdão proferido no RE 605.709/SP, ao afastar a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial, acaba por expor a fragilidade dos argumentos levantados, até então, no RE 407.688, sinalizando, com isso, uma possível mudança de entendimento quanto à constitucionalidade do referido dispositivo.

Além disso, correto afirmar que o direito à moradia e o direito à igualdade são violados não apenas quando a penhora ocorre em decorrência de contrato de locação comercial, de modo que essa violação ocorre, nos mesmos termos, quando a penhora decorre de fiança aposta

⁴⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 603.

em contrato de locação residencial. Portanto, verifica-se que a natureza da locação não altera em nada o problema, ou seja, a penhora do bem de família do fiador deve ser tida como inconstitucional independente da finalidade do contrato de locação, seja ele para fins residenciais ou comerciais.

CONCLUSÃO

Em conclusão, a tese que procuramos defender é a de que o instituto do bem de família, em razão de tutelar importante direito fundamental social, o direito de moradia, oferece grande proteção às pessoas e às famílias, por intermédio da salvaguarda de imóveis residenciais que não podem ser alcançados pela penhora.

Neste contexto, a partir da promulgação da Lei 8.009, em 1990, o Bem de Família foi reconfigurado, enquanto instituto, com a previsão da modalidade involuntária. Então, o Bem de Família passou a ser instituído pelo Estado, como forma de proteger a moradia e garantir às famílias o acesso ao mínimo existencial, tendo impedido que milhares de moradias dos brasileiros das mais distintas classes sociais fossem penhoradas.

Na redação original da Lei 8009, também o fiador de contrato de locação era protegido pela impenhorabilidade do bem que lhe servia de moradia. Contudo, em resposta às inúmeras pressões do mercado imobiliário, foi incluída a exceção de impenhorabilidade ao bem de família do fiador (inciso VII, do art. 3º, da Lei 8009/90), por intermédio do art. 82 da Lei 8245/91.

Em 2000, com a promulgação da EC 26, o direito à moradia foi incluído no rol de direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal e, com isso, as discussões em torno da penhorabilidade ou não do bem de família do fiador se tornaram ainda mais polarizadas, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Havia vários autores que defendiam ser o art. 3º, inciso VII, da Lei 8009/90 compatível com a Emenda Constitucional, e outros autores que defendiam que o dispositivo em questão seria incompatível com a Emenda, e, portanto, não recepcionado por ela.

A solução da controvérsia veio em 2006, quando o STF firmou o entendimento de que é possível a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação residencial. A EC 26/00 teria recepcionado o art. 3º, inciso VII, da Lei 8009/90, não havendo conflito entre a previsão

constitucional do direito social de moradia e a exceção à impenhorabilidade prevista no inciso VII, do art. 3º, da referida Lei.

Seguindo o entendimento adotado pelo STF, o STJ consolidou, em 2015, o mesmo entendimento, ao editar a súmula 549. O STJ entende que esta matéria é pacificada e unânime na Corte Superior, havendo julgados que aplicaram o entendimento firmado na súmula.

Concluimos que apesar de haver contratos de fiança locatícia que não se inserem em relações de consumo, porque celebrados por pessoas naturais, sem que haja a figura de um fornecedor, a maior parte desses contratos se inserem em relações de consumo, nas quais as imobiliárias figuram como fornecedoras. Sendo os contratos, nesses casos, geralmente permeados por cláusulas obscuras e abusivas que os contratantes não têm condições de compreender, nas situações em que delas tomam conhecimento, firmam os contratos sem ter ciência do significado de cláusulas como a renúncia de ordem.

Tendo em vista que o fiador não toma conhecimento das consequências práticas que pode sofrer, quando do estabelecimento do contrato, dentre as quais a principal é a possibilidade do seu bem de família ser penhorado para adimplir a dívida do devedor principal; e de que eventual ação de regresso intentada contra o inquilino será infrutífera, uma vez que o seu bem de família é tutelado pela lei ordinária e pelo entendimento firmado pelas Cortes Superiores, não é justo e conforme aos princípios constitucionais que o fiador seja onerado desta forma.

No tocante ao *distinguishing* a que procedeu o STF, concluimos que a penhora do bem de família do fiador é inconstitucional independente da finalidade do contrato de locação, se residencial ou comercial, uma vez que a distinção no conteúdo da locação não obsta o grande problema que é a inconstitucionalidade do bem de família do fiador.

É importante ressaltar que há outros instrumentos jurídicos capazes de melhor assegurar o direito à moradia do locatário, previsto no art. 6º da Constituição Federal, do que prejudicar e onerar excessivamente o fiador, penhorando o seu bem de família. O seguro de fiança é um instrumento que, com a devida e necessária atualização, se apresenta como uma alternativa muito viável, ao passo que retira a pessoalidade do instituto da fiança e assegura ao locador o recebimento do seu crédito.

Portanto, entendemos ser inconstitucional a exceção à impenhorabilidade prevista no inciso VII, da Lei 8009/90, porque de forma evidente viola o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa

humana, a isonomia e o direito ao mínimo existencial. A EC 26/00, ao incluir no rol de direitos fundamentais sociais o direito à moradia, objetivou tutelar um importante interesse social, que deve ser perseguido em um Estado Democrático de Direito.

Assim, a Emenda não recepcionou a exceção prevista no inciso VII, da Lei em cotejo, sobretudo porque as leis ordinárias devem encontrar fundamento normativo na Constituição Federal, Lei maior do Ordenamento jurídico, e não a Constituição buscar o seu fundamento de validade nas leis ordinárias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília: 09/09/1942, P. 1.

_____. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 407.688/SP, Pleno, rel. Min. Relator Cezar Peluso, j. 08/02/2006, DJ 06/10/2006. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>.

Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. RE 352.940/SP, dec. mon. Min. Carlos Velloso, j. 25/04/2005, DJ 09/05/2005.

_____. RE 449.657/SP, dec. mon. Min. Carlos Velloso, j. 27/05/2005, DJ 09/05/2005.

_____. RE 605.709/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/06/2018, DJ 18/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESp 699.837/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/08/2005, DJ 26/09/2005.

_____. AgRg no Resp 18.273/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 25/04/2006, DJ 22/05/2006.

_____. Súmula 549, 2º SEÇÃO, j. 14/10/2015, DJ 19/10/2015.

_____. RESp 1.363.368/MS, 2º Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12/11/2014, DJ 21/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>, Acesso em 08 de jun. de 2020.

_____. AgRg no AResp 62.411/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 10/03/2015, DJ 18/03/2015.

_____. AgRg nos EDcl no RESp 911.321/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/10/2010, DJ 25/10/2010.

COZER, Danielle Braun Calavotte. O Bem de Família do Fiador de Locação à Luz do Direito à Moradia. *Revista de Direito Privado* | vol. 46/2011 | p. 231 – 264 | Abr-Jun / 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória, 10ª ed. Editora Jus Podivm.

DUTRA, Maria Aparecida; ANDRADE, Fernanda A. Borges. Impenhorabilidade do Bem de Família. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, v. 21, n. 20, p. 245-268, ago. 2017.

FERREIRA, Lucas de Oliveira; TRUJILLO, Elcio. A Súmula do STJ: Um Ataque à Visão Constitucional do Direito Civil Contemporâneo. *RFD - REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ - RIO DE JA-*

NEIRO, N. 33, JUN. 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro v. 3: Contratos e atos unilaterais*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro v. 6: Direito de Família*, 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Mario Thurmann. O Novo Código e os Efeitos das Normas de Ordem Pública na Impenhorabilidade do Bem de Família do Fiador. *Revista dos Tribunais* | vol. 834/2005 | p. 34 – 43 | Abr / 2005.

LOUREIRO, Cláudia R. O. M. da Silva. O direito fundamental à moradia como direito humana e a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 111/2019 | p. 161 - 177 | Jan -Fev / 2019.

MIRANDA, Luciene. A penhora do bem de família do fiador de contratos de locação residencial. *Revista de Direito Imobiliário* | vol. 86/2019 | p. 85 - 100 | Jun / 2019.

MOL, Ana Lúcia Ribeiro; SILVA, Jéssica Santos; SILVA, Jane Viviane da; DIAS, Ludimila S. O. Ferreira. A Impenhorabilidade do Bem de Família do Fiador na Relação de Locação Imobiliária. *Humanidades*, v. 4, n. 1, fev. 2015.

NETO, João Hora. O Bem de Família, A Fiança Locatícia e o Direito à Moradia. *Revista de Direito Privado* | vol. 29/2007 | p. 173 - 200 | Jan - Mar / 2007.

SANTOS, José Carlos V. C. de Almeida. A “Exceção da Exceção” Quanto à Responsabilidade Patrimonial do Fiador: A penhorabilidade do Bem de Família. *Revista dos Tribunais* | vol. 931/2013 | p. 345 – 376 | Maio / 2013.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Sergio A. R. Gomes da. Da Inconstitucionalidade da Penhora do Bem de Família por Obrigação Decorrente de Fiança Concedida em Contrato de Locação. *Revista de Direito Privado* | vol. 2/2000 | p. 50 – 56 | Abr-Jun / 2000.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v; 5: *Direito de Família*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em*

espécie – v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.