

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS

Evlis Juliê Ortmeier *

Cláudia Cinara Locateli **

Resumo

Para proteger a entidade familiar das crises econômicas, criou-se o instituto do bem de família, impenhorável por determinação legal. Entretanto, essa proteção não é absoluta, pois há exceções, como a possibilidade de penhora do único imóvel do fiador da locação. Com a edição da Emenda Constitucional n. 26, o direito à moradia adquiriu *status* de direito fundamental. A partir de então, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a penhora do bem de família do fiador da locação seria inconstitucional. Ocorre que a Suprema Corte, em sessão plenária, voltou atrás em seu entendimento, decidindo pela constitucionalidade, com fundamento no princípio da autonomia da vontade e na interpretação de que o direito à moradia também se concretiza sobre imóvel alugado. Surge, então, o questionamento acerca da inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador do contrato de locação, diante do direito social à moradia e ao princípio da isonomia. Analisam-se os antecedentes históricos do bem de família; os aspectos gerais das modalidades de bem de família; a fiança como garantia do cumprimento da obrigação locatícia; e, por fim, a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador da locação, considerando que a legislação deve ser aplicada com o objetivo de preservar a igualdade jurídica e formal entre as pessoas, a função social dos contratos, o direito ao patrimônio mínimo, com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Bem de família. Impenhorabilidade. Fiador.

* Bacharel em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Especialista em Direito Processual Civil pela UNINTER. Atua como Advogada. E-mail: ev-julie@unochapeco.edu.br.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Atua como docente na Unochapecó e na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). E-mail: locateli@unochapeco.edu.br.

Introdução

O legislador brasileiro criou o instituto do bem de família com o intuito de proteger a entidade familiar das crises econômicas, por meio da garantia do direito à moradia. Entretanto, esta proteção não é absoluta, pois foram conferidas exceções à impenhorabilidade, como a possibilidade de penhora do único imóvel residencial do fiador do ajuste locatício, inserta no artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990¹.

Em 2000, houve a promulgação da Emenda Constitucional n. 26, que consagrou o direito social à moradia, adquirindo *status* de direito fundamental. A partir de então, parte da jurisprudência, especialmente o Supremo Tribunal Federal, passou a decidir que a penhora do bem de família do fiador da locação seria inconstitucional diante do direito à moradia, cuja previsão constitucional teria revogado a norma especial, também com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à igualdade.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, voltou atrás em sua decisão em 08 de fevereiro do ano 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 407688-SP, ao decidir pela constitucionalidade do referido dispositivo com fundamento no princípio da autonomia da vontade e de que o direito à moradia não se exerce apenas em imóvel próprio, mas também sobre imóvel alugado, cujo mercado imobiliário teria suas garantias prejudicadas, caso prevalecesse a tese contrária. Preferiu tutelar, desta forma, com maior hierarquia, o mercado imobiliário.

A partir dessas premissas, o estudo sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos locatícios será realizado em razão da relevância social e jurídica do tema. A importância jurídica decorre da aplicabilidade da exceção nos contratos de locação, em razão de que os fiadores ainda têm a possibilidade de perder, por meio da penhora, o seu único bem por determinação da lei, contrariando os fundamentos caracterizadores do bem de família. A importância social está diretamente relacionada com a crise habitacional no Brasil, bem como pela função do bem de família como meio de proteção da entidade familiar da privação de seu lar.

O objetivo geral deste ensaio é analisar se a penhora do bem de família do fiador da locação viola o direito social à moradia, uma das exteriorizações do princípio de proteção da dignidade

1 A referida exceção, prevista no artigo 3º, inciso VII da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, foi inserida pelo artigo 82 da Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes..

da pessoa humana. Como objetivos específicos, contemplam-se a gênese do bem de família; a relação da fiança nos contratos locatícios; a admissibilidade ou não de o Estado intervir nas relações entre particulares a fim de assegurar um patrimônio mínimo mensurado de acordo com parâmetros elementares de uma vida digna, do qual a pessoa não pode ser desapossada ou expropriada mesmo em detrimento da liberdade contratual; e, por fim, a reflexão sobre se a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação ofende ou não a proteção constitucional do direito à moradia mediante os princípios do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da função social dos contratos.

Bem de família: aporte conceitual, evolução histórica e modalidades

A família, como base do Estado, merece especial proteção, de forma que, ao assegurar o direito à moradia, se garante, além do acesso à habitação, o direito a um mínimo necessário para se ter uma vida digna.

É no aconchego do lar que as pessoas desenvolvem-se como seres humanos sensíveis, encontram refúgio, recebem e dedicam amor, o que justifica a proteção ampla e profícua do direito à moradia por parte do Estado. No entanto, ainda é apenas um sonho de muitas famílias a propriedade de uma casa, ou mesmo o acesso a um abrigo.

Na tentativa de resguardar a casa dos negócios externos ao lar e, conseqüentemente, conferir tutela especial à família, o Estado criou normas protetivas do patrimônio familiar, a exemplo do instituto do bem de família. Por meio da tutela da moradia, busca-se conferir proteção ampla e profícua ao ser humano; eis que o bem de família tem como objeto de tutela qualquer entidade familiar, considerada de forma plural, inclusive a pessoa que vive só².

A intenção de proteger o núcleo familiar não é fato recente. Desde que se tem notícia da convivência humana civilizada, há o interesse estatal de encontrar meios de amparar as famílias no seio familiar, através de uma moradia, amenizando problemas sociais.

As primeiras manifestações legais para a proteção do patrimônio familiar se reportam aos romanos. Na época da República Romana, registram-se as primeiras manifestações de

2 Ementa. RESP - CIVIL - IMÓVEL - IMPENHORABILIDADE - A Lei n. 8.009/90, art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. Data venia, a Lei n. 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, data venia, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 182223-SP. Recorrente: Benedito Guimarães da Silva. Recorrido: Iracema Sanguin. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiar. DJ, 10 maio 1999, REPDJ 20 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 27 mar. 2010).

proteção dos bens da célula familiar; a inalienabilidade se impunha pela sacralidade com que eram tratados os bens dos antepassados, de forma que alienar os bens herdados era uma profanação. Vários institutos jurídicos foram criados pelos romanos para conservar o patrimônio da família, como as cláusulas de inalienabilidade em testamentos, instituídas no século II, período do Alto Império, e o instituto do fideicomisso familiar, pelo qual o testador determinava que a casa não fosse alienada, restando sempre pertencente à família. Com a morte do fideicomitente, o fideicomisso passava aos filhos, que, na qualidade de fiduciários, não podiam aliená-lo a estranho (AZEVEDO, 2002).

Foi no Texas que surgiu o instituto do bem de família no sentido técnico como se conhece nos dias atuais, em decorrência da crise econômica entre os anos de 1837 e 1839. O objetivo do bem de família texano era promover o desenvolvimento econômico social por meio da garantia de que as famílias de trabalhadores atingidas pela crise não ficassem desabrigadas. Hora Neto (2007) explica que a Lei do *Homestead Exemption Act*³, promulgada em 26 de janeiro de 1839, pretendia fixar o homem à terra ao decretar a impenhorabilidade dos bens imóveis e móveis domésticos, por meio da proteção do imóvel residencial.

No Brasil, o instituto do bem de família, embora criado nos moldes do *homestead* americano, surgiu pela necessidade de conferir proteção à própria entidade familiar, diante do déficit habitacional, agravado entre o final do século XIX e início do século XX por fatores como a entrada de estrangeiros no País em decorrência da Segunda Guerra Mundial, o êxodo rural, a escassez e o alto custo do material de construção aliado à intervenção mínima do Estado neste setor (CARLI, 2009). Após vários debates acadêmicos e políticos, o bem de família foi inserido no Código Civil de 1916 por intermédio de uma emenda apresentada em 01 de dezembro de 1912 pelo senador Fernando Mendes de Almeida (SANTOS, 2003).

Entretanto, o bem de família voluntário, regulamentado pelo Código Civil, não restou eficaz; aliado à preocupação com a questão habitacional brasileira, fez com que o Estado, por meio da Lei n. 8.009/1990, instituísse o bem de família legal. Assim, os esforços para criar uma legislação que contribuísse para a superação da crise habitacional no País por meio da tutela da moradia resultaram em duas possibilidades de reconhecer o bem de família: o voluntário ou instituído e o bem de família legal.

3 Significa ato de isenção do lar de família

O bem de família voluntário é o imóvel urbano ou rural destinado à residência da família, impenhorável, salvo exceções legais, sendo também inalienável relativamente, instituído por ato de vontade de seu instituidor solvente. Além do prédio destinado à residência familiar, abrange valores mobiliários, a serem utilizados para a conservação do imóvel ou sustento da família (SANTOS, 2003). Faz-se mister referir que o bem de família voluntário não pode ultrapassar o valor de “[...] **um terço** do patrimônio líquido do instituidor existente ao tempo da instituição [...]” (DIAS, 2007, p. 525, grifo do autor). A limitação de valor é um dos motivos que torna pouco difundida esta modalidade de bem de família no País, porque somente pessoas com patrimônio de maior expressão econômica têm possibilidade de instituí-lo.

O bem de família legal, independentemente de limitação de valor e de ato constitutivo formal, está protegido de execuções por dívidas pela Lei n. 8.009/1990. O instituto tutela o imóvel urbano ou rural com suas pertenças e acessórios destinados à residência da família, de propriedade do casal ou da entidade familiar, livrando-o da penhora por determinação legal (SANTOS, 2003).

A promulgação da Lei n. 8.009/1990 representou um grande avanço em matéria social, em razão de que passou a assegurar proteção à residência familiar independentemente da vontade do instituidor. Porém, esta garantia possui exceções, dentre estas a possibilidade de penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação.

Exceções à impenhorabilidade do bem de família e a fiança como garantia de pagamento nos contratos locatícios

O bem de família instituído é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, sendo que o Código Civil traz duas exceções à impenhorabilidade: as dívidas provenientes de tributos e despesas de condomínio⁴. Por outro lado, aplicam-se as exceções do bem de família legal ao voluntário por analogia, com algumas restrições mencionadas a seguir, sob o argumento de que, de modo geral, as exceções previstas na Lei n. 8.009/1990 possuem conotação ética.

As exceções à impenhorabilidade do bem de família legal são classificadas por Santos (2003), para fins didáticos, em econômicas, penais e pessoais⁵. As exceções de ordem econômica se referem à natureza do crédito, são decorrentes de créditos tributários,

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

5 Artigo 3º, Lei n. 8.009/1990. A impenhorabilidade é opo-nível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; 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 de pensão alimentícia; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991).

contribuições em função do próprio imóvel, financiamento para a construção ou aquisição do imóvel residencial e de hipoteca convencional. Convém advertir que o bem de família voluntário, em decorrência de suas características de inalienabilidade e indisponibilidade, não pode ser hipotecado, portanto, não lhe é cabível esta exceção (BUSSO, 2002).

Quanto às exceções de ordem penal, pode ocorrer a penhora do bem de família se for adquirido por meio direto ou indireto de utilização do produto de crime e em virtude de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. A justificativa para esta exceção é de que o interesse público pela repressão dos ilícitos penais prevalece sobre a impenhorabilidade do bem de família, incidindo tanto sobre a residência como sobre os móveis que a guarnecem (SANTOS, 2003; CZAJKOWSKI, 1998).

No que tange às exceções de ordem pessoal, levam em consideração os sujeitos que por determinação legal não possuem o benefício da impenhorabilidade de seu único imóvel: o devedor de crédito trabalhista e respectivas contribuições previdenciárias, o devedor de crédito alimentar e o fiador da locação. É interessante destacar que a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador da locação não se aplica ao bem de família voluntário, também por suas características de indisponibilidade e inalienabilidade. Inclusive, Czajkowski (1998) sugere como alternativa para evitar a constrição do bem de família a instituição do bem de família voluntário antes da inadimplência do locatário, e, se possível, antes da celebração do contrato de fiança, para não configurar má-fé.

Com relação à exceção à impenhorabilidade conferida ao fiador da locação, torna-se visível que o legislador distorceu a natureza jurídica fidejussória da fiança para ser concebida como de natureza real, senão o bem de família do fiador não ficaria vinculado, incidiria a penhora somente sobre os bens disponíveis (AZEVEDO, 2002).

Neste viés, dentre as garantias⁶ dos contratos locatícios, a fiança é a mais difundida, porque geralmente não representa custos para o locatário, em razão de que um terceiro denominado de fiador, com boa-fé e geralmente a título gratuito, se compromete a assumir a obrigação, vinculando seus bens, inclusive seu único imóvel residencial, caso o locatário não cumpra com a obrigação.

6 Artigo 37, Lei 8.245/1991. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I - caução; II - fiança; III - seguro de fiança locatícia. IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005). Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Neste contexto, 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). Portanto, em síntese, a fiança relaciona-se com o contrato de locação porque se trata de uma garantia de que o locador terá satisfeito os créditos mobiliários.

A fiança possui como características principais a acessoriedade, por depender de um contrato principal para sua existência; a unilateralidade, uma vez que somente o fiador se obriga em relação ao credor; a subsidiariedade, porque o fiador responderá pela obrigação apenas se o afiançado não a cumprir, exceto se houver sido estipulada solidariedade; e a gratuidade, em razão de que, em regra, o fiador não recebe contraprestação (DINIZ, 2007).

As características do contrato de fiança, notadamente a gratuidade, impõem interpretação restritiva, de forma que, em caso de dúvida, deverá ser interpretado em favor do fiador. Além disso, por ser contrato acessório, a fiança não pode ser mais onerosa do que o contrato principal. Em primeira análise, não seria admissível a penhora do bem de família do fiador da locação, visto que o bem do próprio devedor não pode ser executado para saldar a dívida decorrente da locação (DINIZ, 2007).

Em sede dos efeitos do contrato de fiança, o credor não pode escolher por exigir a obrigação do devedor ou do fiador. Primeiro deverá buscar o crédito no devedor; caso este não possa cumprir a obrigação, poderá exigi-la do fiador. Este, por sua vez, poderá oferecer todas as exceções que lhe forem pessoais, inclusive o benefício de ordem, que não pode ser alegado para o caso de penhora de seu único bem imóvel, se o devedor afiançado não tiver bens passíveis livres e desembargados.

Em consequência, sopesando que a fiança por sua natureza é um contrato acessório e, na maioria das vezes, gratuito, seus efeitos estão restritos à forma contratada, não podendo ir além da dívida, nem lhe ser mais onerosos. Nesta ordem de ideias, torna-se discutível a possibilidade da penhora do único bem imóvel do fiador da locação, diante da inoponibilidade do benefício de ordem, o que torna a obrigação excessivamente onerosa ao fiador em detrimento do próprio devedor, contrariando o princípio da igualdade e o da função social dos contratos, e, em consequência, reduzindo a dignidade da pessoa ao negar-lhe o direito de moradia.

A inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos locatícios

Todo ser humano tem necessidade de um lugar para habitar com tranquilidade, de um lugar de sossego e paz para o seu repouso e de seus familiares. Neste sentido, observa-se a importância do direito à moradia, com mais ênfase diante da carência de muitas pessoas que vivem em condições aviltantes, sem o mínimo de saneamento básico, instalação de água e energia elétrica, sem segurança, em casas feitas de papelão e sucatas, construídas em lugares impróprios à habitação humana.

A lei do bem de família legal pôs a salvo o imóvel residencial, bem como os móveis que guarnecem a residência, de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou outra natureza⁷. No entanto, como visto, também traz exceções, dentre elas, a possibilidade da penhora do bem de família do fiador da locação.

Logo quando foi promulgada, a lei do bem de família legal trouxe um entrave ao mercado imobiliário, pela dificuldade na execução dos créditos. Diante deste óbice, foi inserida a exceção à impenhorabilidade. A partir de então, a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador da locação tornou-se incontestável, até que, no texto constitucional, passou a constar o direito à moradia como direito social de ordem fundamental. Com a alteração da Constituição, parte da doutrina e jurisprudência passou a entender que a constrição judicial do bem de família do fiador da locação afronta o direito à moradia. Neste contexto, analisa-se a questão da inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador do ajuste locatício, com fundamento no direito à moradia, da garantia de um patrimônio mínimo, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio constitucional da isonomia e da função social dos contratos.

Direito à moradia: um direito fundamental

Embora o direito de moradia tenha sido inserido no rol dos direitos fundamentais sociais somente no ano de 2000, é reconhecido como direito desde 1948, quando o Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, concebida como marco internacional da origem da previsão do direito à moradia ao estabelecer que toda pessoa tem direito à habitação, inclusive à proteção do lar (SOUZA, 2004).

O direito social à moradia impõe ao poder público a obrigação de implementar condutas que viabilizem de fato o acesso à habitação. Por conseguinte, diante do cenário em que milhares de pessoas não possuem um lugar para morar, enquanto que outras, embora possuam uma habitação, não dispõem de condições de saneamento básico e estrutura mínima compatível com a dignidade humana, surge o direito constitucional à moradia como um direito da personalidade.

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana, responsáveis por assegurar a sua dignidade; “têm como objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 150). A integridade física é violada quando inexistente o acesso ou pela precariedade da habitação, enquanto que a integridade moral é abalada em razão da inviabilidade do exercício de direitos concretizados pelo acesso à moradia, como o segredo doméstico e a identidade familiar e pessoal (SOUZA, 2004).

Além da característica de inerente à condição humana, o direito de moradia como direito de personalidade apresenta outras características, a sua intransmissibilidade, por exemplo, uma vez que o titular desse direito o exerce individualmente, e sua indisponibilidade, porque é inerente ao ser humano, de forma que a sua lesão ou privação representam uma violação.

O direito de moradia, por sua característica de direito social de personalidade, é subjetivo, inerente à condição do ser humano, enquanto que o direito de habitação é um direito real, perfazendo uma relação entre o indivíduo e o patrimônio. Assim, o direito à moradia não é passível de alienação, ao contrário do direito de habitação, que recai diretamente sobre o objeto. Logo, a relação entre o direito à moradia e de habitação ocorre à medida que aquele incide sobre um bem material, embora não possua conotação patrimonial (SOUZA, 2004).

O bem de família, por meio da impenhorabilidade da moradia e dos móveis que guarnecem a residência, visa proteger não apenas a habitação, mas também o indivíduo, ao “tornar inviolável o exercício da moradia.” De fato, os direitos de personalidade são impenhoráveis; conseqüentemente, o direito à moradia também o é. Entretanto, é imperioso destacar que o direito à moradia poderá sofrer os reflexos da penhorabilidade pela disposição do bem, em virtude do direito real que sobre ele incide. Mas tal manifestação da vontade somente deve prevalecer desde que não ofenda

direitos fundamentais, o que autoriza a intervenção do Estado, se necessário (SOUZA, 2004, p. 165-169).

Observa-se, portanto, que a inclusão da moradia como direito humano de ordem fundamental partiu de uma mobilização da Comunidade Internacional, delegando aos Estados signatários a obrigação de criar instrumentos que efetivem progressivamente o acesso à moradia com condições de habitabilidade para todas as pessoas. Neste contexto, a preocupação quanto à efetivação do direito subjetivo ao acesso à moradia, bem como o direito à habitação adequada, faz parte da essência do ser humano e está relacionada com um mínimo necessário para se viver com dignidade.

A moradia como garantia de um patrimônio mínimo

O princípio do mínimo existencial assegura uma garantia patrimonial, inerente à pessoa humana, concebido como um patrimônio mínimo necessário à vida digna, do qual a pessoa não pode ser desapossada, mesmo em detrimento dos direitos dos credores.

Fachin (2006, p. 1) defende que “a existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo”. Ao lado dos atributos da personalidade que são inerentes à condição humana, existe uma garantia patrimonial mínima da qual a pessoa não pode ser expropriada ou desapossada. O autor sustenta ainda que existe, independentemente de previsão legislativa, “uma imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores”.

Conceitua-se, então, o princípio do mínimo existencial como um conjunto de prestações materiais imprescindíveis para assegurar uma vida condigna, portanto saudável, identificado como núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, protegido até mesmo em face de intervenções estatais (SARLET, 2007).

A garantia de um patrimônio mínimo traz à tona a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares, porque, neste ponto, o mínimo existencial possui operatividade. Neste viés, o direito social à moradia com fundamento no mínimo necessário para ter uma vida condigna deverá ser analisado nas relações entre particulares, notadamente no caso do fiador da locação (SARLET, 2007).

7 Artigo 1º, Lei 8.009/1990. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

A garantia de um patrimônio mínimo, como ocorre no bem de família, não afeta diretamente o direito de crédito propriamente dito, apenas resguarda determinados bens⁸ da constrição judicial. Isto quer dizer que o direito de crédito prossegue sobre os bens disponíveis do devedor (FACHIN, 2006).

O direito privado está marcado pelo constitucionalismo e pela eficácia dos direitos fundamentais sociais, de maneira que as relações privadas devem se concretizar a partir dos valores, princípios e regras constitucionais. O mínimo existencial, embora não previsto expressamente na ordem constitucional, é compreendido como direito fundamental, e sua vinculação com os direitos sociais é nítida, uma vez que os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais possuem como núcleo essencial a garantia do mínimo existencial.

Observa-se que, nas relações entre particulares, há um quadro migratório da relação jurídica centralizada na garantia creditícia para dar lugar à proteção da pessoa, de forma que a defesa de um patrimônio mínimo representa um meio de garantir tutela à pessoa, perdendo-se a concepção de patrimônio enquanto bem primordialmente tutelado (FACHIN, 2006). Neste ponto, atualmente, reside o desafio de proteger de forma eficaz a pessoa diante da complexidade das relações sociais no âmbito do capitalismo e do consumismo.

Portanto, constata-se que o direito à moradia do fiador da locação, com alicerce no mínimo necessário para viver bem, prevalece em detrimento do direito do credor. Além disso, a garantia ao patrimônio mínimo apoia o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que não é possível viver bem sem um mínimo de recursos materiais para a concretização do exercício dos direitos fundamentais.

Tutela da dignidade da pessoa humana: diretriz principiológica na efetivação do direito à moradia

A dignidade como princípio norteador do Estado Democrático de Direito é a qualidade inerente do ser humano, reconhecida por parte da sociedade e do Estado, de que lhe são assegurados direitos fundamentais contra qualquer ato desumano ou degradante, bem como um mínimo necessário para viver de forma saudável.

8 No caso do Brasil, trata-se dos bens arrolados nos artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil, no artigo 5º, XXVI da Constituição Federal e na Lei n. 8.009/1990 (FACHIN, 2006, p. 69).

Na tentativa de compreender a dignidade, Sarlet (2009) a conceitua como qualidade intrínseca ao ser humano, concebida como irrenunciável e inalienável. Sendo assim, para garantir o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, antes de tudo, deverão ser assegurados os direitos sociais previstos na Constituição Federal, tais como a “educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (NUNES, 2002, p. 50). Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana se exterioriza por meio do acesso aos direitos fundamentais, de tal forma que é inseparável a relação entre eles. Isto se justifica porque a concretização da dignidade por si só atrai os direitos fundamentais de todas as dimensões, de forma que, se não se reconhecer à pessoa determinado direito fundamental, o princípio da dignidade restará violado (SARLET, 2009).

O princípio da dignidade da pessoa humana também encontra subsídios no respeito à igualdade, porque este, ao proporcionar equilíbrio, concretiza a dignidade. Neste contexto, o princípio da isonomia deve ser compreendido diante da possibilidade de penhora do bem de família do fiador da locação, em contraste com a garantia de impenhorabilidade dos móveis que guarnecem a residência do afiançado, bem como de seu bem de família.

A violação do princípio da isonomia na penhora do bem de família do fiador da locação

Diversas vezes surgem questionamentos sobre a observância do princípio da igualdade na relação entre devedor, credor e fiador da locação em razão da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador, uma vez que os bens do devedor são tutelados por determinação legal, enquanto que o bem de família do fiador serve de garantia para o adimplemento de obrigação locatícia de terceiro. Neste particular, e considerando que a Constituição Federal determina que todos são iguais, sem distinções de qualquer natureza, questiona-se a possibilidade de violação do princípio da isonomia diante da penhora do bem de família do fiador da locação.

Especificamente em relação ao credor, ao devedor e ao fiador, embora se encontrem em posições diversas, deveriam estar em condições de igualdade jurídica formal e material. Neste sentido,

parece um contrassenso submeter à constrição judicial os bens do fiador, notadamente de seu único imóvel residencial, de forma mais gravosa que o devedor principal, tanto pela alusão ao princípio da igualdade como em razão da interpretação restritiva que é conferida aos contratos benéficos (FORNACIARI JÚNIOR, 2003).

Partindo da afirmação de que a obrigação do locatário e a do fiador possuem a mesma base jurídica, qual seja o contrato de locação, o fato de o fiador responder com o seu único bem de família, enquanto que ao locatário isso não é exigido, reflete a injustiça. Deste modo, à luz do Direito Civil constitucionalizado, a exceção à impenhorabilidade conferida ao bem de família do fiador da locação viola o princípio constitucional da isonomia, uma vez que trata fiador e locatário de forma desigual (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, 2005).

Em decorrência da característica da acessoriedade do contrato de fiança, não é módico que o único bem de terceiro seja obrigado pela dívida se o bem do devedor principal não se sujeita. Portanto, diante da proteção legal conferida ao devedor, que impede o fiador de promover ação regressiva, constitui-se expressão de igualdade a evocação do direito subjetivo deste, para exigir a tutela legal da impenhorabilidade de seu único imóvel, assim como é assegurado ao devedor.

Por fim, é imperioso suscitar que a busca da isonomia nas relações entre os particulares contribuiu para uma mudança nas estruturas do sistema clássico privado, em que a liberdade de contratar e o princípio do *pacta sunt servanda* passaram a ser exercidos em observância à função social do contrato.

A função social dos contratos na perspectiva da penhora do bem de família do fiador da locação

A inconstitucionalidade da regra excepcional que admite a penhora do bem de família do fiador nas relações locatícias (inciso VII do artigo 3º da Lei n. 8.009/1990)

A interpretação dos negócios jurídicos deve operar-se em consonância com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, do mínimo existencial e do direito à moradia. Desta forma, para preservar as normas constitucionais de possíveis violações e, em consequência, assegurar o exercício

dos direitos fundamentais, o poder judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade.

Neste contexto, com o advento da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 26/2000, que inseriu entre os direitos sociais o direito à moradia, os Tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, por meio do controle difuso de constitucionalidade, passaram a decidir pela não recepção da previsão legislativa que permite a penhora do bem de família do fiador locatício. Mas o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por sete votos a favor da penhora contra três votos contra, voltou atrás em sua decisão em 08 de fevereiro do ano 2006, julgando ser constitucional o inciso VII do artigo 3º da Lei n. 8.009/1990.

Essa mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal fundamentou-se principalmente em argumentos econômicos (CARLI, 2009), ao reputar que o direito à moradia não se exerce apenas em imóvel próprio, mas também sobre imóvel alugado, cujo mercado de locações teria suas garantias prejudicadas caso prevalecesse a tese contrária. Além disso, amparou-se tal entendimento no direito à livre contratação, em razão da liberdade que a pessoa usufrui para decidir se deve ou não afiançar um contrato locatício, e de que o direito à moradia trata-se de norma programática, não sendo possível invocá-lo de plano, na ausência de lei que o regulamente.

O argumento segundo o qual o direito de moradia não pode ser invocado de plano por ser norma programática encontra divergência, a exemplo de Sarlet (2009), ao lecionar que os direitos fundamentais resguardam a igualdade, subsistindo para tutelar as pessoas das necessidades materiais e garantir a dignidade, fundamentam, inclusive, o direito ao mínimo existencial, de tal forma que as normas sociais de direitos fundamentais possuem eficácia direta nas relações entre particulares.

As normas constitucionais de direitos fundamentais sociais possuem eficácia desde o momento que entram em vigor, de forma a afastar legislações que as venham contrapor. Além disso, norma válida é aquela que, sendo vigente, não afronta normas hierarquicamente superiores ou princípios constitucionais (FORNACIARI JÚNIOR, 2003). Neste sentido, não há como conceber que as pessoas sejam privadas de seus direitos fundamentais como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à proteção, à maternidade e à infância, à moradia, por

exemplo, e de outro lado estejam com sua dignidade assegurada. Desta maneira, negar à pessoa um mínimo necessário para viver bem, como o acesso aos direitos fundamentais sociais, viola a sua dignidade, adentrando na seara da ofensa aos direitos fundamentais individuais.

Convém destacar que o princípio da proibição do retrocesso impede que uma garantia anteriormente concedida seja violada por lei posterior contrária aos direitos humanos fundamentais e demais normas constitucionais. Neste particular, o princípio da proibição do retrocesso pode ser invocado para afastar a constrição judicial do bem de família do fiador da locação (CARLI, 2009).

A Lei n. 8.009/1990 é de ordem pública, possui fundamentos sociológicos e morais, cujo objetivo principal é proteger a família do desabrigo e garantir uma existência digna. Com o objetivo de garantir um patrimônio mínimo, mensurado de acordo com parâmetros elementares de uma vida digna, do qual a pessoa não pode ser desapossada ou expropriada mesmo em detrimento da liberdade contratual, também considerando a dificuldade do acesso à moradia, diante da problemática da questão habitacional no Brasil, é admissível ao Estado intervir nas relações entre particulares a fim de resguardar o bem de família daqueles que já o conquistaram. Ainda, no que diz respeito ao direito de moradia como “uma necessidade essencial, vital, básica”, este se revela indisponível, não pode, desta forma, decair mediante um contrato de fiança (BRITTO, 2006⁹).

Portanto, a penhora do bem de família somente pode ocorrer nas situações em que o direito em questão se sobreleva ao da moradia. A excussão do bem de família para garantir o cumprimento de obrigação de terceiro, embora decorrente de dívida de locação, não está acima do direito à habitação do fiador e de sua família, o que autoriza o Estado a intervir nas relações entre particulares para resguardar o direito de moradia, que, como direito da personalidade, é inerente à pessoa humana.

Por fim, deduz-se que a norma permissiva da constrição judicial do bem de família do fiador da locação – ao violar o direito social à moradia, uma das exteriorizações do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, o princípio constitucional da isonomia, ao tratar situações iguais desigualmente de forma não razoável, bem como o princípio da função social dos contratos – se revela contrária aos preceitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, sendo, portanto, inconstitucional.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 407688-SP. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

Considerações finais

É no seio familiar que a personalidade humana se desenvolve, as pessoas encontram abrigo, descanso, paz e amor. Em razão da importância que a família representa para a sociedade, é necessário protegê-la dos reveses das relações jurídicas patrimoniais. Uma forma de conferir esta tutela é por meio da impenhorabilidade da moradia.

O benefício da impenhorabilidade do bem de família, além de tutelar qualquer modelo de entidade familiar, visa resguardar também o lar da pessoa que vive só, pelo fato de que, ao se assegurar a moradia, mantém-se a própria dignidade do ser humano.

A proteção do lar mediante normatização reporta-se ao Direito Romano, que preconizava proteger o patrimônio familiar pelo caráter sagrado do culto aos antepassados. Foi nos Estados Unidos, em 1839, que o bem de família, em sentido técnico, foi criado para promover o desenvolvimento econômico e social. Objetivava-se proteger a pequena propriedade e atrair colonizadores para a região do Texas com a garantia de que a família não ficaria desabrigada. No Brasil, o bem de família, embora tenha se desenvolvido nos moldes do *homestead* americano, surgiu pela necessidade de se conferir proteção à entidade familiar em decorrência da crise habitacional vivenciada principalmente entre o final do século XIX e início do século XX.

Os esforços para criar uma legislação que contribuísse para a diminuição da crise habitacional no País resultaram em duas possibilidades de reconhecer o bem de família: o voluntário regulamentado no Código Civil, cuja instituição é formal dependente de manifestação das partes, e o bem de família legal previsto na Lei n. 8.009/1990, como preceito de ordem pública, em que a tutela da moradia é conferida pelo Estado, independentemente de formalidades.

Contudo, a proteção do imóvel residencial, tanto conferida pelo bem de família voluntário quanto pelo legal, não é absoluta, há exceções; dentre elas, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador da locação. Dentre as garantias da obrigação locatícia, sem dúvida, a fiança é a mais usual, por não representar custos para o locador, nem para o locatário – em geral, porém, pode colocar em risco o direito de moradia do fiador e da sua família.

Neste contexto, a relevância da discussão recebe ênfase, pois se questiona a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador da locação com fundamento no direito à moradia, na

garantia de um patrimônio mínimo, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e na função social dos contratos.

A habitação do ser humano proporciona a concretização de outros direitos como o direito à privacidade, ao segredo doméstico, à propriedade, à saúde e à dignidade. Além disso, o direito à moradia é compreendido como direito da personalidade, por ser inerente à pessoa humana como fator de integridade física e moral. Assim como os direitos de personalidade são impenhoráveis, o direito a moradia também o é, por sua qualidade de direito inerente à condição do ser humano, salvo disposição do bem em virtude do direito real que sobre ele incide, desde que não prejudique os direitos fundamentais.

O direito à moradia está relacionado com a garantia de um patrimônio mínimo necessário para viver com dignidade, do qual a pessoa não pode ser desapossada, mesmo em contraste com a liberdade contratual e o direito dos credores. O princípio da garantia de um patrimônio mínimo garante a proteção de um núcleo basilar de bens necessários para assegurar uma vida saudável, de ações de terceiros credores e de intervenções estatais. Desta forma, o patrimônio não representa apenas um complexo de direitos reais e obrigacionais com valor econômico, mas também um conjunto de bens suficientes para o acesso a direitos como alimentação, saúde, educação, lazer, moradia, enfim, aqueles capazes de assegurar uma vida com dignidade.

A dignidade é uma qualidade inerente ao ser humano, inalienável e irrenunciável, por isso deve ser respeitada pela sociedade e pelo Estado, preservando a vida e o valor da pessoa em detrimento de interesses patrimoniais meramente individualistas. Para garantir eficazmente a dignidade, como princípio norteador do Estado Democrático de Direito, os direitos sociais fundamentais assegurados constitucionalmente, notadamente o direito à moradia, precisam sair do plano programático para a aplicabilidade às necessidades dos indivíduos.

O princípio da dignidade humana encontra fundamentos na isonomia, uma vez que ao equilibrar as relações jurídicas concretiza-se a dignidade. A exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador da locação contraria o princípio da isonomia ao conferir tratamento diferente para situações iguais, observando que as obrigações do locatário e locador possuem os mesmos fundamentos jurídicos. Logo, não é justificável a penhora do bem de família do fiador da locação para garantir o cumprimento da obrigação de

terceiro, se ao próprio devedor é assegurada a impenhorabilidade dos móveis que guarnecem a residência ou de seu bem de família, inviabilizando-se qualquer pretensão do fiador à ação regressiva.

O empenho em tratar situações jurídicas entre particulares isonomicamente coopera com a mudança da estrutura do Direito Civil essencialmente privado para um direito contratual com fundamentos na função social dos contratos. Atender a função social significa dar prevalência ao interesse público sobre o privado, por intermédio da preservação da igualdade das partes contratantes, da garantia da dignidade, de maneira que os efeitos do negócio jurídico projetem-se positivamente na sociedade. Assim, verifica-se que a penhora do bem de família do fiador da locação contraria o princípio da função social do contrato, por conceder maior relevância do direito de crédito do locador em prejuízo do direito de moradia do fiador. A privação da moradia produz reflexos negativos na sociedade por meio do aumento da miséria e privação de condições dignas de vida, perfectibilizadas com o exercício do direito de habitação.

Considerando que a proteção da moradia é preceito de ordem pública, conclui-se que é admissível ao Estado intervir nas relações entre particulares a fim de assegurar um patrimônio mínimo mensurado de acordo com parâmetros elementares de uma vida digna, do qual a pessoa não pode ser desapossada ou expropriada mesmo em detrimento da liberdade contratual.

Portanto, em que pese contrariar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a previsão inserta no artigo 3º, VII da Lei n. 8.009/1990, que excepciona a impenhorabilidade do bem de família do fiador da locação, porque viola o direito à moradia; a garantia de um patrimônio mínimo necessário para se viver com dignidade; o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio da isonomia, ao tratar situações iguais de forma desigual; e a função social do contrato, em razão do prevailecimento do direito de crédito do locador em detrimento do direito fundamental de moradia do fiador, concebido como interesse social.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: com comentário à lei 8.009/90. 5. ed. rev., ampl. e atual. com o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2008. (Vade Mecum Universitário de Direito Rideel).

BRASIL. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 17 jul. 2009.

_____. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 17 out. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 182223-SP**. Recorrente: Benedito Guimarães da Silva. Recorrido: Iracema Sanguin. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiar. DJ, 10 maio 1999, REPDJ 20 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 27 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 407688-SP**. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ, 06 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

BUSSO, Sérgio. Bem de família. **Jus Navegandi**, set. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3443>>. Acesso em: 28 jan. 2010.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família**. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1993.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. A penhora e o bem de família do fiador da locação. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **O bem de família na execução da fiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato (causa ou motivo). **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 53, n. 334, p. 10-42, ago. 2005.

HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Jus Navegandi**, fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10149>>. Acesso em: 12 mar. 2007.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídica-privadas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 53-93, jan./mar. 2007).

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Saraiva, 2004.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE GUARANTOR'S FAMILY ASSET SEIZURE IN RENTAL CONTRACTS

Abstract

The institute for family asset, unseizable by legal determination, was created to protect the family entity from economic crisis. However, this is not an absolute protection; there are some exceptions, such as the seizure possibility of the guarantor's sole family asset in the lease. The right to housing became a fundamental right with the 26th Amendment to the Brazilian Constitution. Since then, according to the Brazilian Supreme Federal Court, the seizure of the guarantor's family asset in the lease would be unconstitutional. This court, in plenary session, rethought its position, deciding on the constitutionality of that seizure, based on the principle of the autonomy of the individual will and on the interpretation that the right to housing is also accomplished on rented real estate. So, the unconstitutionality of guarantor's family asset seizure in rental contracts is brought into question, given the social right to housing and the isonomy principle. The historical background of family assets, the general aspects of the arrangements for family assets and the surety as guarantee rental are analyzed here. The unconstitutionality of the guarantor's family asset seizure in the lease is also analyzed, considering that legislation must preserve the formal and legal equality among people, the social function of contracts, and the right to minimum patrimony to ensure human dignity, one of the fundamentals of the Democratic State of Law.

Keywords: Family asset. Unseizability. Guarantor.