

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

JOÃO CLÁUDIO VIEITO BARROS

**A CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA SOBRE O BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO**

SÃO PAULO
2017

JOÃO CLÁUDIO VIEITO BARROS

**A CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA SOBRE O BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO**

Monografia apresentada à Coordenação e
ao Corpo Docente do Curso de
Especialização em Direito Contratual, como
requisito parcial para a obtenção do título
de especialista em Direito Contratual, sob a
orientação da Prof^a. Dra. Sandra Ligian
Nerling Konrad

SÃO PAULO
2017

Banca Examinadora:

Dedico o presente estudo aos meus queridos pais Guilherme Vieito Barros e Maria Lúcia Gomes Vieito Barros, e minha avó Maria de Lourdes do Valle Gomes (in memoriam), por todo apoio, carinho e presteza para lograr êxito em mais esta realização profissional.

*A minha orientadora Profa. Sandra Ligian Nerling Konrad, por toda atenção e
presteza quanto ao desenvolvimento do presente estudo.*

*“Quem não luta pelos seus direitos não é digno deles”.
Ruy Barbosa*

RESUMO

O presente estudo tem por condão analisar a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação dentro de uma perspectiva constitucional e suas repercussões na seara jurídica. Podemos confrontar os diversos posicionamentos sobre o tema a fim de alcançar a melhor exegese, ou seja, aquela que atenda aos anseios da sociedade. O contrato de locação tem grande influência e repercussão em diferentes aspectos da sociedade. Este contrato é fonte de diversos debates e estudos dos mais renomados juristas do país, inclusive merecedor de uma legislação especial. Um assunto que merece especial atenção dentro do tema locação diz respeito à penhorabilidade do bem de família do fiador dado em garantia no contrato de locação. Este assunto envolve direitos da mais alta casta como o direito à moradia e o direito de liberdade de contratar e, por isso, o tema locação de imóveis apresenta as mesmas complexidades desses dois grandes problemas da sociedade atual. Esses temas estão intimamente ligados de modo a interagirem e a se influenciarem reciprocamente. Sabe-se que qualquer desequilíbrio ou desajuste nesta relação jurídica poderá acarretar consequências em outras áreas vitais para o cidadão, em especial no direito à moradia.

Palavras-Chave: Penhorabilidade; Bem; Família; Fiador; Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present study is to analyze the security magic of the family heirloom of the guarantor of the lease within a constitutional perspective and its impact in the legal field. We can confront the various positions on the subject in order to achieve the best exegesis, i.e., one that meets the aspirations of society. The lease has great influence and impact on different aspects of society. This agreement is a source of various debates and studies of the most renowned jurists in the country, even deserving of a special law. An issue that deserves particular attention within the theme concerning the security of the leasing right of guarantor's family given as guarantee in the leasing contract. This matter involves the highest caste rights such as the right to housing and the right to freedom of contract and therefore the theme real estate leasing offers the same complexities of these two major problems of the current society. These themes are closely linked so as to interact and influence each other. It is known that any imbalance or dysfunction in this legal relationship may result in consequences in other vital areas to the public, in particular on the right to housing.

Keywords: Security; Family heirloom; Guarantor; Constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – BEM DE FAMÍLIA	12
1.1 Considerações Iniciais	12
1.2 Voluntário	16
1.3 Legal	19
1.4 Exceções à Impenhorabilidade	29
CAPÍTULO II –CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS	35
2.1 Linhas Introdutórias	35
2.2 Conceito	35
2.3 Princípios	38
2.3.1 Autonomia da Vontade	38
2.3.2 Função Contratual dos Contratos	40
2.3.3 Consensualismo	42
2.3.4 Força Obrigatória dos Contratos	43
2.3.5 Relatividade dos Efeitos Contratuais	44
2.3.6 Boa Fé Objetiva	45
2.4 Garantias.....	47
CAPÍTULO III – DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR	50
3.1 A Constitucionalização do Direito Civil e a necessidade de observância do Direito Fundamental à Moradia	50
3.2 Dos Atos Negociais	54
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

Dentre as diversas acepções relacionadas à entidade familiar, verifica-se que o Estado tem como dever ampará-las, principalmente no que consiste ao bem de família; porém, conforme demonstraremos na presente dissertação há algumas circunstâncias das quais o bem de família torna-se penhorável.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que os atores da relação locatícia não devem ser encarados como vulneráveis ou não-vulneráveis, pois o foco principal deverá ser sempre voltado aos diversos direitos que os circundam, como por exemplo, o direito à moradia e o direito à liberdade de contratar.

Assim, muitas vezes a proteção se direcionará ao inquilino e outras ao locador, sempre visando à tranquilidade no setor de locações e o respeito ao direito à moradia e a liberdade das pessoas.

Desta forma, o presente trabalho irá fazer uma abordagem sobre as diversas implicações em áreas sensíveis como a moradia e a autonomia privada.

Tendo em vista que dentre as diversas repercussões que ocorrem nos direitos das pessoas, invariavelmente, demandam uma análise cuidadosa dos operadores do direito, pois envolvem direitos de aspectos constitucionais da mais elevada importância para a sociedade.

Com isso, o ponto central será saber se o artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90 foi recepcionado ou não pela nova ordem constitucional diante da análise dos direitos envolvidos.

O presente estudo será desenvolvido em 3 (três) capítulos, iniciando-se sobre o bem de família o qual irá analisar desde seu conceito, as características, bem como as exceções quanto à penhora.

Em consequente no capítulo II, será feita análise relativa ao contrato de locação, abrangendo seu conceito, princípios e garantias determinantes em lei, bem como na jurisprudência.

E por fim, o capítulo III, que tem por condão abordar o tema em estudo, onde irá tratar sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador, quanto a sua constitucionalidade e a relevância do acordo.

O método de abordagem utilizado na presente pesquisa foi o dedutivo, pois buscamos investigar as diversas concepções sobre o tema para formar uma conclusão particular.

CAPITULO I – BEM DE FAMÍLIA

1.1 Considerações Iniciais

Por um longo período da história antiga o credor poderia escravizar o devedor em razão de dívida inadimplida, o qual se tornava senhor e possuidor da pessoa física do devedor. Porém, atualmente os ordenamentos jurídicos de diferentes nações civilizadas adotam o princípio da responsabilidade patrimonial como garantidora das obrigações adquiridas¹.

Nessa toada, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a dualidade de regimes pessoal e patrimonial, ou seja, separou a responsabilização pessoal da patrimonial.² Assim, não se admite a responsabilização pessoal pelas dívidas do devedor, apenas vinculando o seu patrimônio, conforme insculpido no artigo 789 do Código de Processo Civil³ e no artigo 391 do Código Civil⁴.

Todavia, essa responsabilização patrimonial não é absoluta, ou seja, nem todos os bens do devedor respondem pela dívida, já que o próprio texto legal ressalva as “restrições legais”, a exemplo dos casos de impenhorabilidade. Conforme nos ensinam Farias e Rosenvald:

Como visto, o instituto do bem de família, entre nós, revela exceção ao princípio da responsabilidade patrimonial, preservando bens do patrimônio do devedor, em respeito a valores mais elevados (contidos na cláusula geral de proteção da pessoa humana, art. 1º, III, CF/88), de forma que a excussão patrimonial não reduza o devedor à iniquidade⁵.

O Direito Civil passou por uma releitura dos seus institutos com o advento do neoconstitucionalismo que tem como mérito o direcionamento dos holofotes sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, a proteção da dignidade da pessoa humana advém necessariamente, pela existência de um patrimônio mínimo, conforme nos ensina Luiz Edson Fachin:

¹ PELUSO, Cesar. **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2015, p. 1.899.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 6. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 833.

³ Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

⁴ Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

⁵ FARIAS, 2006, p. 834.

“a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores. A formulação sustentada se ancora no princípio constitucional da dignidade humana e parte da hermenêutica crítica e construtiva do Código Civil brasileiro, passando pela legislação esparsa que aponta nessa mesma direção”⁶.

Explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que:

Enfim, relacionando a garantia de um mínimo patrimonial à dignidade da pessoa humana, percebe-se o objetivo almejado pela Constituição da República no sentido de garantir a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, funcionalizando o patrimônio como um verdadeiro instrumento de cidadania e justificando a separação de uma parcela essencial, básica, do patrimônio para atender às necessidades elementares da pessoa humana. É o chamado mínimo existencial, revelando um dos aspectos concretos, práticos da afirmação da dignidade da pessoa humana⁷.

Destarte, extraí-se dos ensinamentos acima que o desenvolvimento do instituto do bem de família serviu justamente para a proteção ao patrimônio mínimo existencial que, em última análise, visa à proteção da dignidade da pessoa humana. O bem de família visa a garantir o direito à moradia através da impenhorabilidade do imóvel em que reside a pessoa humana, ou seja, é a impossibilidade de penhora deste imóvel para o pagamento de dívidas.

Ademais, a jurisprudência pátria vem reconhecendo, nas mais diferentes hipóteses, a existência de um mínimo existencial que deve ser garantido ao cidadão para que este possa ter uma vida digna.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA NULA. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. DEMONSTRAÇÃO. ART. 1º, LEI 8.009/90. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. O tema em debate, no âmbito do recurso interposto pelos embargantes, diz respeito à suposta nulidade da penhora realizada sobre imóvel residencial, em clara violação ao disposto no art. 1º, da Lei nº 8.009/90, ou seja, a impenhorabilidade do bem de família. [...] 3. Não há dúvida quanto à incidência do disposto no art. 1º, da Lei nº 8.009/90, relativamente à impenhorabilidade do bem de família, eis

⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. IX.

⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 830.

que, em última análise, vem a tutelar o mínimo existencial da pessoa humana na dimensão relacionada à sua moradia. Não poderia ter sido penhorado o bem imóvel residencial, o que demonstra a nulidade do ato de penhora, razão pela qual efetivamente deveriam ter sido acolhidos os embargos à execução, com a declaração de nulidade da penhora. 4. Apelação provida.⁸

A importância da impenhorabilidade dos bens pertencentes à família já vem desde a Antiga Roma, porém foi com o instituto do *Homestead Exemption Act* em 1.839, meados do século XIX, a fim de incrementar o povoamento e fomentar a produtividade nas terras do Texas, que se criou uma lei dando origem ao bem de família⁹.

Em nosso ordenamento a impenhorabilidade do bem de família decorre da proteção insculpida no artigo 226 da Constituição Federal em que: “a família é a base da sociedade e terá especial proteção do Estado”. Vale ressaltar que o conceito de família foi ampliado pela Constituição de 1988, a qual considerou como entidade familiar também a união estável entre homem e mulher, sendo que a jurisprudência deu novos contornos a este conceito:

AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR. ALCANCE. UNIÃO HOMO-AFETIVA. 1. O denominado ‘bem de família’, cuja origem é encontrada no ‘*homestead act*’ norte-americano, consiste na proteção patrimonial da entidade familiar contra a penhora por execução de dívidas; no âmbito processual encontra residência na Lei nº 8.009/90, consistindo em instituto de ordem pública. 2. A Lei nº 8.009/90 tem como beneficiária a entidade familiar, conceito aberto, em cuja abrangência estão tanto famílias estabelecidas pelo casamento ou união estável, como as mono-parentais e homo-afetivas. 3. Evidenciadas as situações antes mencionadas, sem oferecimento de prova em sentido contrário e, ainda, sem nenhuma das exceções previstas na lei de regência, o bem imóvel está protegido pela impenhorabilidade¹⁰.

Nesse diapasão, a relação de entidades familiares estabelecida na Constituição de 1.988 não é exaustiva e sim inclusiva, logo, na atualidade as concepções de família instituída no ordenamento brasileiro são: a matrimonial, união estável, homoafetivas, concubinato e monoparental.

⁸ AC 139684, Proc. nº 9702168341, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, TRF 2, 6ª T. Esp., DJU 25/03/2009, p. 261

⁹ FACHIN, 2006, p.155-156.

¹⁰ Processo AP 714200602010854 DF - Órgão Julgador 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – Publicação 16/10/2009 – Julgamento 6 de Outubro de 2009 – Relator Desembargador André R. P. V. Damasceno

Gustavo Tepedino em análise aos preceitos dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal leciona que:

“a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”¹¹

No exercício dessa proteção, a Lei 8.009/90 estabeleceu em seu art. 1º que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, não respondendo 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 na lei em comento.

Inferre-se deste artigo 1º que o imóvel único da família não possa ser penhorado, porém o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ampliou o entendimento do bem de família que não pode ser penhorado. A Terceira Turma deste Tribunal Superior considerou possível que a impenhorabilidade do bem de família alcance ao mesmo tempo dois imóveis do devedor¹².

No caso apreciado, a turma considerou que não poderiam ser penhorados os imóveis onde o devedor mora com sua esposa e outro no qual vivem as filhas, nascidas de relação extraconjugal, decidindo que a impenhorabilidade do bem de família tem o objetivo de resguardar entidade familiar no sentido mais amplo.

Desse modo, para o relator do recurso no STJ, ministro Villas Bôas Cueva, a jurisprudência do STJ vem há tempos entendendo que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009 não se destina a proteger a família em sentido estrito, mas, sim, a resguardar o direito fundamental à moradia, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo ele, “o intuito da norma não é proteger o devedor contra suas dívidas, tornando seus bens impenhoráveis, mas garantir a proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo”.

De acordo com o parágrafo único do artigo 1º da referida lei, a impenhorabilidade abrange o imóvel sobre o qual se assentam as construções, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados,

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

¹²

Disponível

em

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/%C3%9Altimas-not%C3%ADcias Acesso em 25 jul 2017

obviamente, porque o Estado não poderia garantir a propriedade de bens de quem não tem a propriedade dos mesmos plenamente constituída, face ao seu não pagamento integral.

1.2 Voluntário

No Brasil, o bem de família foi tratado inicialmente pelo Decreto Imperial nº 737 de 25 de novembro de 1850, e posteriormente entre os artigos 70 a 73 do Código Civil de 1916, contudo, de forma superficial. Entretanto ante a omissão legislativa quanto a proteção do bem de família, era necessário uma lei que regulamenta-se a matéria, sendo assim editou-se a Lei nº 8.009/90, que delineou o assunto, visando garantir proteção ao único imóvel destinado a moradia da família, e conseqüentemente, garantia de vida digna aos componentes do núcleo familiar¹³.

No que tange as características do bem de família voluntário dispõe Farias e Rosendal que¹⁴:

- a) depende de ato voluntário do titular, por escritura pública, testamento ou doação;
- b) gera inalienabilidade e impenhorabilidade;
- c) refere-se ao bem imóvel onde a família está residindo¹⁵;
- d) tem duração limitada à vida dos instituidores ou até a maioridade civil dos filhos, mas caso houver filho incapaz, mesmo atingido 18 (dezoito) anos de idade, a proteção se estenderá até a cessação da incapacidade.

Sobre o assunto dispõe Maria Helena Diniz que:

“Se os filhos estiverem sujeitos à curatela, a cláusula não será eliminada, até que seja superada a causa de incapacidade ou enquanto viverem. O bem de família, nesta hipótese, será administrado pelo curador dos beneficiários incapazes”¹⁶.

¹³ CAMERAN, Cláudio. **Impenhorabilidade do único imóvel residencial familiar urbano**. Disponível em https://claudiocameran.jusbrasil.com.br/artigos/472810614/impenhorabilidade-do-unico-imovel-residencial-familiar-urbano?ref=topic_feed Acesso em 15 set 2017.

¹⁴ FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.837

¹⁵ Apelação Cível. Embargos à penhora. Imóvel instituído como bem de família, o qual, no caso, não se confunde com o imóvel residencial. Impenhorabilidade a teor do disposto no art. 1.711 do CC. Cabível a desconstituição da penhora. Apelação provida, por maioria, vencido o revisor que negava provimento. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70.021.060.728. Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Porto Alegre, 17 de abril de 2008. **Diário da Justiça**, 09 maio 2008, p. 345.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, v. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

e) impossibilidade de ter o prédio destino diferente, nem mesmo podendo ser alienado sem o consentimento de todos os interessados (inclusive filhos);

f) a fração do patrimônio destinado à instituição do bem de família não pode ultrapassar o montante de um terço do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da instituição¹⁷.

Em acréscimo a estas características, vale mencionar os requisitos para a caracterização do bem de família elencados por Marcione Pereira dos Santos¹⁸, os quais se dividem em:

1. Pessoais:

a) Legitimidade: o Código Civil em consonância com o neoconstitucionalismo e de acordo com a isonomia trazida pela Constituição Federal de 1988 entre os gêneros autorizou a sua instituição tanto pelo marido como pela mulher, bem como a qualquer arranjo familiar. Oportuno frisar que a instituição do bem de família pode ser efetivada por terceiros por meio de doação ou testamento, desde que aceitos expressamente pelos cônjuges beneficiados ou entidade familiar.

b) Condição de proprietário: o locatário e o usufrutuário não podem instituir bem de família.

c) Estado de solvência: é preciso que o instituidor no momento da constituição do bem de família esteja solvente, ou seja, possua outros bens capazes de suportar o (s) débito (s). Esclareça-se que este estado de solvência é presumido, não necessitando que o instituidor comprove esta condição, porém permite que o credor afaste esta presunção relativa. Vale observar que a exclusão do bem de família da execução diz respeito apenas as dívidas posteriores à instituição¹⁹.

¹⁷ Imóvel. Ação declaratória visando reconhecimento de sua condição de bem de família, com base no art. 1.711 do CC/2002, ou, alternativamente, na Lei n. 8.009/90. Impossibilidade. Interpretação do art. 1.711 do Código Civil. Sua distinção relativamente às disposições da Lei n. 8.009/90. O valor do bem, para ser declarado como de família, não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. Circunstância que, no caso, confessadamente não é atendida. Lei n. 8.009/90. Impossibilidade de escriturar e registrar a impenhorabilidade do bem de família com fundamento em seus dispositivos. Circunstância que depende do caso concreto. Poder Judiciário que não serve como órgão consultivo. Apelo desprovido (TJRS, Ap. Cível n. 70.022.839.716, 20ª Câmara Cível, rel. Des. José Aquino Flores Camargo, j. 14.5.2008, DJ 05.06.2008).

¹⁸ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família: voluntário e legal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80-108.

¹⁹ Agravo de Instrumento. Ação de execução por quantia certa. Cheque. Penhora. Incidente sobre bem imóvel de propriedade do executado. Alegação, pelo executado, de o imóvel ter sido instituído como 'bem de família', com base no art. 1.711, do Código Civil. Instituição posterior a assunção da dívida pela empresa-executada, da qual o executado é um dos sócios. Possibilidade de a penhora recair sobre o bem imóvel. Reconhecida aplicação do art. 1.715, do Código Civil. Recurso não provido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.

d) Ocupação do imóvel pela família: esse requisito é exigência da norma contida na primeira parte do art. 1.712 do Código Civil: “o bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar [...]”

2. Formais:

a) Escritura pública ou testamento: quando a instituição do bem de família se dá por testamento é preciso observar que os efeitos do negócio jurídico só ocorrem após o falecimento. Assim, permite que os credores dos falecidos habilitem seus créditos nos inventários destes, já que serão sempre anteriores à constituição do bem de família via testamento²⁰.

b) Formalidades notariais: quando a instituição do bem de família for por escritura pública deverá atender as exigências dos artigos 261 a 266 da Lei 6.015/73, v.g., apresentação ao oficial do registro público da escritura pública de instituição para publicação na imprensa na forma de edital com os requisitos do artigo 262²¹. Desta forma, não respeitando as formalidades admitidas, bem como de como testamento ou doação, poderá vir acarretar a nulidade do contrato, conforme enuncia o inciso IV do art. 166 do Código Civil. A publicidade deste ato serve tanto para que eventuais credores se manifestem contrariamente ou que possam intentar as medidas cabíveis contra este ato, como cientificar terceiros de que aqueles bens não se sujeitarão à execução em caso de inadimplemento do devedor.

c) Ausência de reclamação por terceiros interessados: caso haja reclamação de terceiro, o oficial dar-lhe-á ciência mediante cópia e lhe restituirá a escritura, coma declaração de suspensão do registro e cancelamento da prenotação. Mesmo assim, poderá o instituidor requerer ao juiz que ordene o registro, sem embargo da reclamação. Caso o juiz determine que se proceda o registro, poderá o reclamante se valer das vias ordinárias para anular a instituição ou

0055591-93.2013.8.26.0000. Relatora: Zélia Maria Antunes Alves. São Paulo, 28 abril de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 maio 2014, p. 1.178.

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família com Comentários à Lei 8.009/90**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 131.

²¹ “Art. 262. Se não ocorrer razão para dúvida, o oficial fará a publicação, em forma de edital, do qual constará: (Renumerado do art. 263, pela Lei nº 6.216, de 1975)

I - o resumo da escritura, nome, naturalidade e profissão do instituidor, data do instrumento e nome do tabelião que o fez, situação e característicos do prédio;

II - o aviso de que, se alguém se julgar prejudicado, deverá, dentro em trinta (30) dias, contados da data da publicação, reclamar contra a instituição, por escrito e perante o oficial”.

de executar o imóvel instituído no caso de dívida anterior capaz de tornar o devedor insolvente.

d) Registro: nesse sentido preceitua Fioraneli que:

O registro, por força do contido nos artigos 1.714, do Código Civil, e 261, da Lei 6.015/73 (Regulamento dos Registros Públicos), apresenta eficácia constitutiva, provocando a sua publicidade conhecimento erga omnes, com aptidão para produzir o efeito de resguardar a boa-fé de terceiros. Se a propriedade é adquirida pelo registro (art. 1.227), de igual maneira os efeitos do ato solene, formal e jurídico surgido pela manifestação de vontade são irradiados pelo registro obrigatório, desencadeando, nesse momento, o efeito constitutivo. É o princípio da inscrição que a nossa lei objetiva consagra. Não tem efeito declarativo ou de mera notícia, convalidante de fato ou ato jurídico precedente, em que o registro teria simplesmente a finalidade de colmatar direito preexistente – v.g., aquisição originária por usucapião e desapropriação, saisine – e dar resguardo à continuidade registral. Sem registro não há bem de família voluntário²².

Reza o artigo 1.712 que o bem de família poderá abranger valores mobiliários cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. Assim, os valores mobiliários poderão ser constituídos em bem de família, porém desde que atrelados a conservação do imóvel e no sustento da família, ou seja, os valores instituídos como bem de família não poderão existir isoladamente.

Entretanto o artigo 1.719 do Código Civil prevê a possibilidade, quando evidenciada a impossibilidade de manutenção do bem de família nos moldes como instituído, de extinção ou sub-rogação dos bens que o constituem em outros. Essa previsão serve para aqueles que por algum infortúnio (v.g., desemprego) não consigam manter as despesas de um imóvel afetado²³.

1.3 Legal

Com a edição da Lei 8.009 de 29 de março de 1990 regulamentando o bem de família legal, muito se discutiu sobre a sua constitucionalidade, desta forma a impenhorabilidade do bem de família afrontaria o artigo 5º, incisos LXVII e LIV da

²² FIORANELI, Ademar. **Bem de família no novo código civil e o registro de imóveis**. Disponível em <http://www.irib.org.br/obras/bem-de-familia-no-novo-codigo-civil-e-o-registro-de-imoveis> Acesso em 18 de set de 2017.

²³ PELUSO, 2015, p. 1.917.

Constituição Federal, os quais encampam o princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas²⁴.

Porém, a doutrina²⁵ e a jurisprudência pacífica²⁶ entendem que a mencionada lei é constitucional, pois encontra guarida no artigo 226 da Constituição Federal. Nos ensinamentos de Farias e Rosenvald:

Efetivamente, há no bem de família legal uma ideia implícita de revisão axiológica: proteção da pessoa humana, em lugar da antiga tutela patrimonial. Assim, sendo ao contrário de violar o Texto Constitucional, a lei do bem de família a ele está adaptada, sintonizada com a interpretação teleológica para a aplicação concreta dos princípios da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, além da erradicação da pobreza (CF, arts. 1º, 3º e 5º). Especialmente depois do reconhecimento, no art. 6º da Carta Maior, do direito social à moradia, privilegiando as situações jurídicas fundamentais da pessoa humana²⁷.

Com a referida norma, o ordenamento jurídico passou a contar com dois regimes: um legal e o outro convencional.

Segundo Álvaro Vilaça de Azevedo a Lei 8.009/90 é de ordem pública, vejamos:

Como fica evidente, nesse conceito, o instituidor é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar. Nessa lei emergencial, não fica a família à mercê de proteção, por seus integrantes, mas é defendida pelo próprio Estado, de que é fundamento²⁸.

De acordo com o artigo 1º da mencionada lei, a impenhorabilidade recai, independente de registro na circunscrição imobiliária, no imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, desde que nele residam, além dos móveis que guarnecem a residência do casal, seja o imóvel próprio ou simplesmente ocupado.

²⁴ Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29.3.1990 (Impenhorabilidade do imóvel residencial), RT 662/58-63.

²⁵ AZEVEDO, 2010, p. 188.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 179768/PR. Relator: Francisco Rezek. Brasília, 28 de junho de 1996. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28179768%2E%2E+OU+179768%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j68qobp>>. Consulte jurisprudência diretamente no tribunal. Acesso em: 03 set. 2017. CONSTITUCIONAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009, de 29.03.90, artigo 1º. PENHORA ANTERIOR À LEI 8.009, de 29.03.90: APLICABILIDADE. I. - Aplicabilidade da Lei 8.009, de 29.03.90, às execuções pendentes: inoccorrência de ofensa a ato jurídico perfeito ou a direito adquirido. C.F., art.5º, XXXVI. II. - R.E. não conhecido.

²⁷ ROSENVALD; FARIAS, 2006, p. 848

²⁸ AZEVEDO, 2010, p. 189.

Haja vista que, este entendimento também vem a ser quase unânime jurisprudencialmente, indo ao encontro da lei.

Deste conceito é possível verificar que a lei procura proteger, principalmente, o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. No que consiste ao termo casal, não há maiores problemas quanto à sua interpretação que traz o sentido de cônjuges.

Outrossim, consubstancia Silveira²⁹ que, está pacificado que a impenhorabilidade do bem de família se estende não só as pessoas casadas, mas a própria entidade familiar conforme o teor do artigo 1º da Lei 8.009 e artigo 226, 4º da Constituição Federal.

Aduz ainda o autor que:

Família não é apenas uma instituição social de pessoas que se agrupam normalmente por laços de casamento, união estável ou descendência. Nesse contexto, devemos incluir os ascendentes, seja de parentesco civil ou natural³⁰.

Todavia, a delimitação do conteúdo sobre entidade familiar não é *numerus clausus*, já que o conceito de família evolui junto com a sociedade como já exposto anteriormente.

Ainda, a Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 3º incluiu a união estável como entidade familiar, de forma que lhe concede a proteção do Estado, bem como facilita sua conversão em casamento. Portanto, as uniões estáveis como uma das entidades familiares estão abrangidas pelo benefício da impenhorabilidade legal (Lei 8.009/90, art. 1º, *caput*)³¹.

²⁹ SILVEIRA, Aurélio Rezende. **Abrangência da expressão entidade familiar na impenhorabilidade do bem de família.** Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2210301/abrangencia-da-expressao-entidade-familiar-na-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-aurelio-rezende-silveira> Acesso em 12 set 2017.

³⁰ SILVEIRA, 2010.

³¹ Locação. Embargos de Terceiro. Penhora de imóvel residencial do executado. Companheira que alega ofensa ao bem de família. União estável provada nos autos e anterior à aquisição do imóvel constrito. Outorga da companheira não exigível para validade da fiança. Imóvel do fiador não é atingido pela exceção da impenhorabilidade do bem, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 e art. 82 da lei do inquilinato. Peculiaridades que afastam a penhora sobre a integralidade do imóvel ante o instituto do bem de família em relação à companheira do fiador. Penhora afastada. Sucumbência recíproca. Sentença reformada. (Processo: APL 00257132720128260302 SP 0025713-27.2012.8.26.0302, Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Publicação 21/10/2015, Julgamento em 14 de Outubro de 2015, Relator Cristina Zucchi).

Quanto às uniões estáveis homoafetivas a jurisprudência passou admitir que a base das relações familiares é a afetividade e que independe da orientação sexual das pessoas. Veja o que já decidiu sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça:

“O que deve balizar o conceito de família é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das decisões socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.³²

Nessa mesma toada foi a decisão emblemática sobre o caso exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 4.277 e da ADPF 132, no sentido de dar uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil para entender que a união estável abrange as pessoas do mesmo sexo. Diante da sua importância resta relevado a sua transcrição:

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se veem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consanguíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. Até porque esse núcleo familiar é o principal *lôcus* de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo ‘inviolável do indivíduo’, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 945.283/RN. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de setembro de 2009. Diário da Justiça eletrônico, 28 set. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700791294&dt_publicacao=28/09/2009>. Acesso em: 03 set 2017.

constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar³³.

Seguindo neste raciocínio a Corte reafirma que não há distinção entre famílias, a saber:

A Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo 'família' nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica.

Assim, como a Lei n. 8.009/90 em seu artigo 1º contém a expressão entidade familiar (igualmente ao artigo 1.711 que trata de bem de família voluntário) entende-se que a impenhorabilidade do bem de família abrange as uniões estáveis homoafetivas.³⁴

Ainda, a entidade familiar abrange as famílias monoparentais definidas na Constituição Federal no parágrafo 4º do artigo 226 como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Ainda, os Tribunais em uma interpretação conforme a Constituição abrange no conceito de entidade familiar a situação do homem ou da mulher, sem cônjuge ou companheiro, que vive com uma ou mais crianças ou adolescente, independentemente do vínculo que os une, bem como da situação da pessoa plenamente capaz para os atos da vida civil, solteira e que vive com um dos seus genitores.³⁵

Oportuno trazer os ensinamentos de Rita Vasconcelos:

³³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal – Relator Ministro Ayres Brito. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/1110403/acao-direta-de-inconstitucionalidade---4277-df> Acesso em 11 set de 2017.

³⁴ Nesse sentido: "A Lei 8.009/1990 tem como beneficiária a entidade familiar, conceito aberto, em cuja abrangência estão tanto famílias estabelecidas pelo casamento ou união estável, como as monoparentais e homoafetivas" DISTRITO FEDERAL E TOCANTINS. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Apelação n. 00714-2006-020-10-85-4. Relator: Des. André R. P. V. Damasceno. Brasília, 06 de outubro de 2009. Palmas, TO 16.10.2009). Na mesma toada: TRT-10.ª Reg., Ap 00645-2009-002-10-00-7, 3.ª T.j. 03.08.2011, rel. José Leone Cordeiro Leite, DEJT 12.08.2011.

³⁵ Confira: "A *ratio* da Lei 8.009/1990 é a proteção da morada familiar, ainda que monoparental, sendo certo que a família é considerada pelo constituinte Originário como a base da sociedade e a moradia constitui direito social, previsto no *caput* do art. 6º da CF" SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Apelação n. 00189-2009-044-02-00-0. Relator: Des. Vania Paranhos. São Paulo, 20 de agosto de 2009. publ. 04.09.2009.

É importante mencionar, sobretudo para que não haja dúvidas quanto à incidência da Lei 8.009/90, que quaisquer que sejam os fatores determinantes da monoparentalidade, a ausência prolongada do ascendente ou do descendente (p. ex., filho que vai residir em outra cidade, por alguns anos, para fins de estudo) não descaracteriza a entidade familiar³⁶.

Outro aspecto importante diz respeito à propriedade do bem de família que segundo a doutrina explica que a impenhorabilidade nesse caso abrange a hipótese em que o descendente é o proprietário do imóvel e o devedor, reside com seu ascendente. Explica Fachin: “estende-se o benefício para a situação em que o descendente é proprietário do imóvel e devedor, nele residindo com seus pais”³⁷.

Igualmente entende-se compreendido pela impenhorabilidade o caso em que o ascendente mora na residência do devedor, ainda que este não resida no imóvel.³⁸

Importante destacar também que a jurisprudência entende abrangido pela impenhorabilidade a situação em que o casal se separa e cada um vai morar em um imóvel diferente. Assim, o imóvel em que cada um reside é considerado bem de família³⁹.

Ainda, considera-se como entidade familiar a hipótese em que dois irmãos dividam o mesmo teto, pois há verdadeiramente uma família. Vejamos a situação em que os pais venham a falecer, restando apenas os filhos; é certo que a família permaneceu na figura dos irmãos⁴⁰. Fachin assim explica: “a impenhorabilidade alcança o imóvel em que vivem irmãos ou pessoas que configuram desenho jurídico familiar, numa concepção aberta e plural da família”⁴¹

Por último, e talvez o mais polêmico diz respeito à residência do devedor solteiro em que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o conceito de entidade familiar pode abranger a pessoa solteira que vive sozinha, bem como a separada e a viúva para os fins da proteção pela Lei 8.009/90, a saber:

³⁶ VASCONCELOS, Rita. **Impenhorabilidade do bem de Família**: Destinatários e Proteção Legal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 147.

³⁷ FACHIN, 2006, p. 146.

³⁸ Boletim da AASP 1.833, de 9 a 15.2.1994, p. 6 (1º TACSP, 8ª Câmara, j. 14.10.1992, v.u., Ag 520.270 – Catanduva, Rel. Juiz Toledo Silva, Boletim 37. Disponível em <https://www.aasp.org.br/educacional/boletim/> Acesso em 11 set 2017.

³⁹ Cite-se: “Com a separação – ainda que só de fato – cada ex-cônjuge constitui uma nova entidade familiar, só ou acompanhado dos filhos, e o novo ente passa a ser sujeito de proteção jurídica, nos exatos termos da lei” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Hipóteses peculiares de aplicação da Lei 8.009/1990. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1995, p. 195).

⁴⁰ DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo Regimental n. 120140020315485. Relator: Des. Jair Soares. Brasília, 11 de fevereiro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 fev. 2015.

⁴¹ FACHIN, 2006, p. 146.

“A Lei 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 descendentes. 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 vênia*, a Lei 8.009/1990 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 vênia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal”.⁴²

Diante da sedimentação desta posição acima mencionada, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 364 reconhecendo que a impenhorabilidade legal do bem de família recai sobre as pessoas solteiras, separadas ou viúvas⁴³.

Além da propriedade do imóvel outro requisito importante é a residência, sendo neste momento importante mencionar que mesmo no caso de destinação mista do imóvel, ou seja, residencial e comercial, prevalece a residencial. Este é o posicionamento de Álvaro Vilaça de Azevedo⁴⁴, o qual pontua jurisprudência diversa segundo a 7ª Câmara do 2º TAC que o imóvel destinado à locação mista não pode ser reconhecido como bem de família, dada sua natureza e finalidade⁴⁵.

Ainda, Vilaça citando a 2ª Câmara do 1º Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da relatoria do Juiz Sena Rebouças, explica que a intenção do proprietário em unir dois imóveis para efeitos de bem de família, necessariamente precisa ter sido registrada essa união na Circunscrição Imobiliária sob pena de ser considerado duas unidades autônomas, podendo ser penhorada uma delas.⁴⁶

A orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça – “forte no princípio da proteção familiar - firmou-se no sentido de que a impenhorabilidade prevista em Lei

⁴² EREsp 182.223/SP (1990/0110360-6), Corte Especial, j. 06.02.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.04.2003.

⁴³ Súmula 364 do STJ: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”, Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAMulas Acesso em 11 set 2017.

⁴⁴ AZEVEDO, 2010, p. 194.

⁴⁵ JTACSP Lex 149/244. Rel. Juiz Antonio Marcato, v.u., j. em 29.7.1993.

⁴⁶ AZEVEDO, 2010, p. 195.

se estende a um único imóvel do devedor, ainda que se encontre locado a terceiros, porquanto a renda auferida pode ser utilizada para que a família resida em outro imóvel alugado ou até mesmo para a própria manutenção da entidade familiar”.⁴⁷

Data vênia, o referido artigo 1º estende os casos de impenhorabilidade em seu parágrafo único: “a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”. Vilaça comentando o presente artigo conclui que:

Portanto, são impenhoráveis, sob o presente enfoque, o terreno e a construção sobre ele edificada e as demais acessões, como me parecem, além das plantações, também as sementeiras. Inclui, ainda, o legislador de emergência as benfeitorias⁴⁸ de qualquer natureza, o que implica entender que estariam cogitadas todas elas, desde as necessárias, as úteis, até as voluptuárias. Desse modo, por exemplo, uma casa com piscina e aparelho de sauna.⁴⁹

Importante ressalva faz o artigo 4º quanto à impenhorabilidade ao excluir desta proteção o devedor, “sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais

⁴⁷ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. IMPENHORABILIDADE. 1. Não obstante a Lei 8.009/90 mencionar ‘um único imóvel (...) para moradia permanente’, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de que a impenhorabilidade prevista na referida lei estende-se ao único imóvel do devedor, ainda que se encontre locado a terceiros, porquanto a renda auferida pode ser utilizada para que a família resida em outro imóvel alugado ou, ainda, para a própria manutenção da entidade familiar. Nesse sentido: AgRg no Ag 679.695/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 28.11.2005; REsp 670.265/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 14.11.2005; REsp 735.780/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.8.2005; REsp 698.332/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 22.8.2005; AgRg no Ag 576.449/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 9.2.2005. 2. Recurso especial desprovido. (REsp 698750 SP, Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Relator Ministra DENISE ARRUDA, Publicação DJ 10/05/2007 p. 346, Julgamento 10 de Abril de 2007). RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - BENS DE FAMÍLIA - LEI N. 8.009/90 - ÚNICO IMÓVEL DA FAMÍLIA LOCADO A TERCEIROS - IMPENHORABILIDADE - PRECEDENTES. Predomina nesta egrégia Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual a locação a terceiros do único imóvel de propriedade da família não afasta o benefício legal da impenhorabilidade do bem de família (art. 1º da Lei n. 8.009/90). Com efeito, o escopo da lei é proteger a entidade familiar e, em hipóteses que tal renda proveniente do aluguel pode ser utilizada para a subsistência da família ou mesmo para o pagamento de dívidas (cf. REsp 462.011/PB, da relatoria deste Magistrado, DJ 02.02.2004). ‘Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito-fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família’ (REsp 159.213/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 21.06.99). Recurso especial improvido. (REsp 445990 MG, Órgão Julgador T2 - Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto Publicação DJ 11/04/2005 p. 225, Julgamento 9 de Novembro de 2004) é

⁴⁸ não se deve levar em conta somente o espaço físico ocupado pelo prédio ou casa, mas também suas adjacências, como jardim, horta, pomar, instalações acessórias etc, dado que a lei, em sua finalidade social, procura preservar o imóvel residencial como um todo...

⁴⁹ AZEVEDO, 2010, p. 198.

valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da antiga moradia”.

Nesse diapasão, o referido artigo tenta evitar fraudes contra os credores, pois o devedor insolvente procura se proteger sob a égide do bem de família ao adquirir imóvel de alto valor para sua residência⁵⁰.

De tal modo, o seu parágrafo único permite ao juiz, “na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese”.

Além deste tipo de fraude elencada no artigo 4º, há outras passíveis de ocorrerem. Uma delas acontece quando o devedor é proprietário de vários imóveis e aliena parte deles a fim de restar apenas um sob o manto do bem de família. Porém, a jurisprudência interpreta tal conduta, além de fraude à execução, como abuso de direito apto a afastar a proteção da Lei 8.009/90:

"RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VENDA DE BENS EM FRAUDE À EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAUDE QUE INDICA ABUSO DE DIREITO.

1. Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Ao alienar todos os seus bens, menos um, durante o curso de processo que poderia levá-lo à insolvência, o devedor não obrou apenas em fraude à execução: atuou também com fraude aos dispositivos da Lei 8.009/90, uma vez que procura utilizar a proteção conferida pela Lei com a clara intenção de prejudicar credores.

2. Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90.

3. Recurso especial conhecido e não provido."

Outra situação curiosa a respeito deste artigo diz respeito quanto à alienação de bens da propriedade por parte do devedor em forma de permuta. Nesta hipótese o Tribunal Regional Federal da 5ª Região afastou a ocorrência de fraude, inaplicado o art. 4º da Lei 8.009/90, pois não houve venda, mas permuta, inexistindo previsão legal a respeito.⁵¹

O parágrafo 2º do artigo 4º faz importante previsão ao igualar o bem de família urbano ao rural, protegendo contra penhora, “a sede de moradia, com os respectivos bens móveis”.

O artigo 5º da lei ora tratada, reforça a necessidade em haver “a residência em um único imóvel pelo casal ou entidade familiar”, entretanto, menciona que “caso

⁵⁰ AZEVEDO, 2010, p. 223.

⁵¹ JTACSP Lex 168/37, 3ª Câmara do 1º TAC, Rel. Juiz Carvalho Viana, v.u., j. em 29.4.1997.

a entidade familiar ou casal possua mais de um imóvel utilizado como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor”, exceto se outro tiver sido registrado conforme prevê o artigo 1.711 do Código Civil. Ao analisar este artigo Vilaça faz uma observação de suma importância:

Entendo, todavia, que, se o instrumento de instituição desse bem de família, voluntário e imóvel, não previr como impenhoráveis os bens móveis que guarneçam a residência do instituidor, ficarão eles a salvo de penhora, com aplicação conjunta do bem de família legal, instituído pela Lei 8.009/90, cujo preceito é de ordem pública.⁵²

Já o artigo 6º trouxe grande polêmica à época quando da edição da Lei 8.009/90 no tocante a sua eficácia imediata sob os processos pendentes. Antes de analisarmos este artigo, necessário trazer os ensinamentos de Vilaça⁵³ quanto a impropriedade técnica ao mencionar que as execuções suspensas serão canceladas, vejamos:

Ressalte-se, antes, a impropriedade do legislador ao mencionar canceladas as execuções, pois nem estas nem os débitos podem ser cancelados. O que se pretendeu dizer foi cancelamento de penhoras, o que é coisa bem diversa. Desse modo, cancelada ou desconstituída a penhora, continua a existir a titularidade do crédito e do exercício da ação de execução, podendo ser penhorados outros bens do devedor, para garantia do juízo executório.

Assim, a grande polêmica deste artigo restou configurada em torno de “se definir se a penhora realizada antes do início de vigência da Lei 8.009/90 pode ou não ser considerado direito adquirido. A jurisprudência se dividiu até que o entendimento jurisprudencial de que a Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência ganhou força nos Tribunais Superiores até a edição da Súmula 205 do Superior Tribunal de Justiça: a lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência”⁵⁴.

Por último, esclarece Rosendal e Farias que o bem de família voluntário enseja a inalienabilidade e a impenhorabilidade, tendo como exceções à impenhorabilidade apenas as duas hipóteses previstas no artigo 1715 do Código Civil. Já o bem de família legal previsto na Lei 8.009/90 é apenas impenhorável, porém conta com um rol de exceções mais extenso.⁵⁵

⁵² AZEVEDO, 2010, p. 226.

⁵³ AZEVEDO, 2010, p. 226.

⁵⁴ AZEVEDO, 2010, P. 231-238.

⁵⁵ FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.840 e 849.

1.4 Exceções à Impenhorabilidade

Dentro deste tópico, das exceções à impenhorabilidade, a Lei 8.009/90 em seus artigos 2º e 3º trata especificamente sobre o tema.

Iniciaremos análise ao artigo 3º, elencando de forma exemplificativa os processos de execução em que pode ser alegada a impenhorabilidade, tais como: civil, fiscal, previdenciário, trabalhista ou de outra natureza. Porém, este artigo abre exceções que ora passamos a analisar:

I – Créditos de trabalhadores: a lei previa esta exceção para os créditos do trabalho executado pelos trabalhadores na própria residência e das suas respectivas contribuições previdenciárias. Todavia, esta hipótese foi revogada pela Lei Complementar nº 150 de 01/06/2015.

II – Crédito para construção ou aquisição de imóvel: ocorre nos casos em que o devedor contrai um empréstimo ou um financiamento para a aquisição ou construção da casa própria e após não honra com o seu compromisso⁵⁶. Essa exceção é importante para evitar a má-fé de pessoas que financiaram seu imóvel sem o seu devido adimplemento. Certamente isso afetaria de sobremaneira um ramo tão vital para a economia de um país que é a construção civil.

Todavia, a jurisprudência entende que esta norma é para proteger apenas os agentes do sistema Financeiro. Assim, a 4ª Turma do Superior Tribunal, tendo como relator o Ministro Aldir Passarinho, decidiu que escapa do objetivo da Lei 8.009/90 a penhorabilidade de imóvel destinado à moradia da família em razão de compras de material de construção no comércio ou, ainda, em razão da aquisição de serviços sem as formalidades do Sistema Financeiro de Habitação. Conforme o relator, a regra contida na lei é restritiva e não pode ser interpretada extensivamente: “não

⁵⁶ Agravo de Instrumento. Execução de Cédula Rural Hipotecária. Decisão Interlocutória que reconheceu a impenhorabilidade do imóvel urbano dado em garantia. Insurgência do Credor. Mérito. Imóvel Urbano dado em garantia hipotecária. Impenhorabilidade de Bem de Família. Cabimento. Ausência de Provas de proveito econômico em benefício do casal ou da entidade familiar. Constituição da garantia da dívida em favor de Terceiro. "A impenhorabilidade do bem da família pode ser excepcionada quando a hipoteca se der sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, porém essa exceção se restringe a situações em que a garantia foi ofertada para constituição de dívida que se reverte em proveito da própria entidade familiar. Assim, nos casos em que a hipoteca foi constituída para suporte de dívida de terceiros, a impenhorabilidade do imóvel deve, em princípio, ser reconhecida. Precedentes". (AgRg no REsp 1543221/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 09/12/2015) RECURSO IMPROVIDO (TJ-SC - AI: 00327237320168240000 Palmitos 0032723-73.2016.8.24.0000, Relator: Guilherme Nunes Born, Data de Julgamento: 22/06/2017, Primeira Câmara de Direito Comercial).

sendo o recorrido agente financeiro, mas firma individual que vende material de construção e executa serviços, não há que se aplicar a exceção de penhorabilidade prevista na lei”.⁵⁷

III – Crédito de alimentos: por se tratar de crédito destinado a preservação da vida, mostra-se justa e equilibrada a opção legislativa.⁵⁸ Villaça elucida as razões desse inciso, vejamos:

O bem de família pode ser, também, executado pelo não pagamento de débito alimentar (inciso III), porque, à guisa de defender-se a célula familiar, não pode ser negada a proteção existencial do próprio integrante dela. Primeiro, deve sobreviver o membro da família e, depois, esta, como fortalecimento da sociedade e do próprio Estado.⁵⁹

Quanto à abrangência do conceito de pensão alimentícia, alguns entendem que tal expressão abrange apenas ao direito de família, dando uma interpretação mais restritiva. Já o Superior Tribunal de Justiça concede uma interpretação mais extensiva para abraçar também o ato ilícito.⁶⁰

Observe-se que a Lei nº 13.144/15 protegeu a parte ideal do coproprietário que mantém união estável ou conjugal com o devedor de pensão alimentícia, desde que também não seja corresponsável pela dívida. Esta lei nada mais fez do que

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 888313 RS, Órgão Julgador T4 - Quarta Turma, Publicação DJe 08/09/2008, Julgamento 24 de Junho de 2008, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior.

⁵⁸ Execução de Alimentos. Irresignação contra a decisão que determinou a Penhora sobre Imóvel. Inoponível, na hipótese, a Impenhorabilidade de Bem de Família. Exceção à regra prevista o art. 3º, III, da Lei n. 8.009/90. Débito de Natureza Alimentar. Por outro lado, embora não exigida, verifica-se a atualidade da dívida. Manutenção da Decisão. RECURSO DESPROVIDO. "A norma constante do art. 3º, inciso III, da Lei nº 8009/90 afasta a impenhorabilidade do bem de família na execução movida pelo credor de pensão alimentícia. Sentença que julga improcedentes os embargos. Desprovisionamento do recurso." (TJRJ, AC 2007.001.02923, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. em 20.03.2007).(TJ-SC - AG: 175270 SC 2009.017527-0, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 06/11/2009, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n. , de Criciúma)

⁵⁹ AZEVEDO, 2010, p. 208.

⁶⁰ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ação de indenização por acidente de veículo. Impugnação à penhora. Prestação alimentícia. Exceção à proteção ao bem de família. Cabimento. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. O acolhimento da pretensão recursal, a fim de afastar o entendimento do acórdão estadual de que penhora é decorrente de indenização de acidente, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 2. A jurisprudência deste Sodalício ao interpretar o artigo 3º, inciso III, da Lei 8.009/90, assevera a irrelevância da origem da obrigação alimentícia, não importando se decorre de relação familiar ou se é proveniente de indenização por ato ilícito. 3. Ao repisar os fundamentos do recurso especial, a parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 516272 SP, Órgão Julgador T4 - Quarta Turma, Publicação DJe 13/06/2014, Julgamento 3 de Junho de 2014, Relator Ministro Luis Felipe Salomão)

legalizar entendimento jurisprudencial exposto pelos Tribunais Superiores: “a impenhorabilidade da fração de imóvel indivisível contamina a totalidade do bem, impedindo sua alienação em hasta pública”.⁶¹

IV – Créditos tributários, contribuições e obrigações “*propter rem*”: quando se tratar de crédito tributário, contribuições e obrigações oriundas do imóvel, a impenhorabilidade não alcançará o imóvel gerador dessa dívida. Com isso, o bem de família pode ser penhorado por débitos relativos ao imposto sobre propriedade territorial urbana e rural (IPTU e IPTR) ou taxa oriunda do poder de polícia, imposto sobre serviço (ISS) nos casos da construção civil, à contribuição previdenciária, para o Instituto Nacional da Seguridade Nacional (INSS).⁶²

Incluem-se, igualmente, nesta hipótese as obrigações “*propter rem*” que tem como exemplo as despesas condominiais⁶³, sendo que tal previsão é de suma importância para se coibir abusos de eventuais condôminos inadimplentes. Além das despesas condominiais, admite-se como obrigação “*propter rem*” as taxas (despesas de luz, salário de porteiro, zelador, faxineiro e contribuições com a previdência)⁶⁴.

V- Crédito hipotecário: aqui a lei prestigiou a autonomia negocial do devedor em que permite a penhora do bem de família dado como garantia real pelo casal ou entidade familiar. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada de que é possível penhorar o bem de família hipotecado apenas quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar. Portanto, tratando-se de garantia real subsumível na hipótese do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 e desde que ofertada em benefício da família, permite-se de forma excepcional a renúncia à impenhorabilidade por parte do devedor. No tocante à penhorabilidade de bem de família dado em garantia real hipotecária, transcrevemos a fundamentação da Corte:

⁶¹ Embargos de terceiro. Sentença de improcedência. Penhora que recai sobre imóvel, cuja meação pertence a ex-companheira. Sentença de reconhecimento e dissolução de união estável cujos efeitos retroagem ante a natureza declaratória. Presunção de boa-fé que milita a favor da embargante, proprietária de 50% do imóvel constrito. Inadmissibilidade de penhora de fração ideal de imóvel de propriedade do fiador devedor. A impenhorabilidade da fração de imóvel indivisível contamina a totalidade do bem, impedindo sua alienação em hasta pública. Apelo provido, com determinação de levantamento da penhora. (TJ-SP - APL: 00018007920138260011 SP 0001800-79.2013.8.26.0011, Relator: Soares Levada, Data de Julgamento: 13/04/2015, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/04/2015).

⁶² AZEVEDO, 2010, p.209.

⁶³ Cobrança de contribuições associativas, as quais são válidas, à luz de precedentes desta Corte - Bem de família que foi tido como não imune à execução de despesas condominiais e/ou associativas, à luz do art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/1990 - Discussão acerca de nulidade de intimação, de falhas na avaliação e excesso de execução já julgadas e sob o manto da preclusão - Aplicação do disposto no art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal - Sentença de procedência mantida - Recurso desprovido. (APL 10063749320138260152 SP, Órgão Julgador 7ª Câmara de Direito Privado, Publicação 23/03/2015, Julgamento 23 de Março de 2015, Relator Mendes Pereira).

⁶⁴ AZEVEDO, 2010, p. 210.

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO EM GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA. PESSOA JURÍDICA, DEVEDORA PRINCIPAL, CUJOS ÚNICOS SÓCIOS SÃO MARIDO E MULHER. EMPRESA FAMILIAR. DISPOSIÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA QUE SE REVERTEU EM BENEFÍCIO DE TODA UNIDADE FAMILIAR. HIPÓTESE DE EXCEÇÃO À REGRA DA IMPENHORABILIDADE PREVISTA EM LEI. ARTIGO ANALISADO: 3º, INC. V, LEI 8.009/1990. 1. Embargos do devedor opostos em 24/06/2008, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 19/08/2013. 2. Discute-se a penhorabilidade de bem de família quando oferecido em garantia real hipotecária de dívida de pessoa jurídica da qual são únicos sócios marido e mulher. 3. O STJ há muito reconhece tratar-se a Lei 8.009/1990 de norma cogente e de ordem pública, enaltecendo seu caráter protecionista e publicista, assegurando-se especial proteção ao bem de família à luz do direito fundamental à moradia, amplamente prestigiado e consagrado pelo texto constitucional (art. 6º, art. 7º, IV, 23, IX, CF/88). 4. Calcada nessas premissas, a jurisprudência está consolidada no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que este é oferecido em garantia real hipotecária, somente não será oponível quando tal ato de disponibilidade reverte-se em proveito da entidade familiar. Precedentes. 5. Vale dizer, o vetor principal a nortear em especial a interpretação do inc. V do art. 3º da Lei 8.009/1990 vincula-se à aferição acerca da existência (ou não) de benefício à entidade familiar em razão da oneração do bem, de tal modo que se a hipoteca não reverte em vantagem à toda família, favorecendo, v.g., apenas um de seus integrantes, em garantia de dívida de terceiro (a exemplo de uma pessoa jurídica da qual aquele é sócio), prevalece a regra da impenhorabilidade como forma de proteção à família - que conta com especial proteção do Estado; art. 226, CF/88 - e de efetividade ao direito fundamental à moradia (art. 6º, CF/88). 6. É indiscutível a possibilidade de se onerar o bem de família, oferecendo-o em garantia real hipotecária. A par da especial proteção conferida por lei ao instituto, a opção de fazê-lo está inserida no âmbito de liberdade e disponibilidade que detém o proprietário. Como tal, é baliza a ser considerada na interpretação da hipótese de exceção. 7. Em se tratando de exceção à regra da impenhorabilidade - a qual, segundo o contorno conferido pela construção pretoriana, se submete à necessidade de haver benefício à entidade familiar -, e tendo em conta que o natural é a reversão da renda da empresa familiar em favor da família, a presunção deve militar exatamente nesse sentido e não o contrário. A exceção à impenhorabilidade e que favorece o credor está amparada por norma expressa, de tal modo que impor a este o ônus de provar a ausência de benefício à família contraria a própria organicidade hermenêutica, inferindo-se flagrante também a excessiva dificuldade de produção probatória. 8. Sendo razoável presumir que a oneração do bem em favor de empresa familiar beneficiou diretamente a entidade familiar, impõe-se reconhecer, em prestígio e atenção à boa-fé (vedação de *venire contra factum proprium*), a autonomia privada e ao regramento legal positivado no tocante à proteção ao bem de família, que eventual prova da inocorrência do benefício direto é ônus de quem

prestou a garantia real hipotecária. 9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido”⁶⁵.

VI – Aquisição criminosa: esta hipótese veda que o criminoso se valha de uma proteção legal para se esquivar das consequências de seu delito. Na verdade, esta hipótese vai ao encontro das determinações estabelecidas no artigo 92 do Código Penal para aquele que comete o crime quanto a perda do instrumento, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Conforme esclarece Vilaça⁶⁶:

Desse modo, desde que o bem de família seja instrumento de crime ou produto dele, nos moldes legais declinados, perde a característica da impenhorabilidade, sujeitando seu titular à perda do mesmo, em favor da União, e aos procedimentos penais adequados.

Pela importância e conteúdo mister transcrever a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Na execução civil movida pela vítima, não é oponível a impenhorabilidade do bem de família adquirido com o produto do crime, ainda que a punibilidade do acusado tenha sido extinta em razão do cumprimento das condições estipuladas para a suspensão condicional do processo. De acordo com o art. 3º da Lei n. 8.009/1990, ‘A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens’. Especificamente acerca da exceção mencionada (inciso VI), infere-se que o legislador, entre a preservação da moradia do devedor e o dever de reparação dos danos oriundos de conduta criminosa, optou por privilegiar o ofendido em detrimento do infrator, afastando a impenhorabilidade do bem de família. Percebe-se que o legislador especificou duas hipóteses distintas de exceção à impenhorabilidade no mencionado inciso VI, quais sejam: a) bem adquirido com produto de crime; b) para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Com efeito, à incidência da norma inserta no inciso VI do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, isto é, da exceção à impenhorabilidade do bem de família em virtude de ter sido adquirido com o produto de crime, forçoso reconhecer a dispensa de condenação criminal transitada em julgado, porquanto inexistente determinação legal neste sentido. Afinal, caso fosse a intenção do legislador exigir sentença penal condenatória para a exceção prevista na primeira parte do inciso VI, teria assim feito expressamente, como o fez com a segunda parte do referido dispositivo. Logo, não havendo determinação expressa na lei no

⁶⁵ REsp 1413717/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013

⁶⁶ AZEVEDO, 2010, p. 212.

sentido de que a exceção (bem adquirido com produto de crime) exija a existência de sentença penal condenatória, temerário seria adotar outra interpretação, sob pena de malograr o propósito expressamente almejado pela norma, direcionado a não estimular a prática ou reiteração de ilícitos. Assim, o cometimento de crime e o fato de o imóvel ter sido adquirido com seus proveitos é suficiente para afastar a impenhorabilidade do bem de família. Na hipótese, a conduta ilícita praticada consubstancia-se no cometimento de crime, tanto que fora oferecida e recebida denúncia, bem assim ofertada proposta de suspensão condicional do processo, cujo pressuposto para sua concessão é a prática de crime em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano (art. 89, *caput*, Lei n. 9.099/1995).⁶⁷

VII – Fiança locatícia: certamente esta é a mais polêmica das exceções legais a qual será tratada em tópico específico.

Ainda, dentro das exceções prevê o artigo 2º da Lei 8.009/90 a “exclusão da impenhorabilidade dos veículos de transportes, obras de arte e adornos suntuosos”. O seu parágrafo único foi cauteloso e ressaltou a hipótese de impenhorabilidade aos bens quitados pertencentes ao locatário.

Usualmente, os Tribunais Brasileiros analisam a impenhorabilidade dos móveis considerando os critérios da essencialidade e da utilidade desses bens, necessários para garantir a dignidade e funcionalidade de um lar.⁶⁸ Assim, já se entendeu como penhoráveis aparelhos de TV mais sofisticados, o segundo aparelho de televisão, a segunda geladeira, aparelhos de ar-condicionado que são verdadeiras peças de *design*, móveis antigos que se transformam em peças de decoração, faqueiro de prata, adega climatizada.⁶⁹

⁶⁷ REsp 1.091.236-RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 15/12/2015, DJe 1º/2/2016.

⁶⁸ AI 22217392620148260000 SP, 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, **Relator** Carlos Nunes, **Julgamento** 26 de Janeiro de 2015, **Publicação** 27/01/2015.

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 827.

CAPÍTULO II - CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

2.1 Linhas Introdutórias

O contrato de locação de imóveis urbanos residenciais e não residenciais é regido pela Lei nº 8.245/90, a qual constitui um microssistema das locações⁷⁰. O Código Civil não alijou a Lei nº 8.245/1991 da locação de imóvel urbano, conforme infere-se do seu artigo 2.036: “A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida”⁷¹.

No entanto, a doutrina entende que o Código Civil se aplica de forma subsidiária quando a lei especial não contemplar alguma situação, pois o art. 2.036 (regra de direito intertemporal) excluiu apenas as regras de locação de coisas às locações de imóveis urbanos. Portanto, esta lei não exclui as normas gerais da teoria geral dos contratos, em especial aquelas relativas aos princípios contratuais (função social do contrato e boa-fé objetiva); ou as regras especiais referentes a outros contratos típicos, v.g., a fiança⁷².

Antes de conceituar o contrato de locação é necessário observar que os elementos constitutivos são comuns a qualquer negócio jurídico em geral. Todavia, mister lembrar que o contrato ainda apresenta elementos naturais que o distinguem de outros negócios. É o caso do preço, elemento natural da compra e venda e do aluguel nos contratos de locação⁷³.

2.2 Conceito

A locação é o contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração paga pela outra, se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível, a prestação de um serviço apreciável economicamente ou a execução de alguma obra determinada⁷⁴.

Desta forma, passamos a conceituar o contrato de locação com os seus elementos constitutivos e naturais, a saber: este contrato surge quando uma pessoa

⁷⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 3. 4. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 356.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Lei do Inquilinato comentada**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 4.

⁷² TARTUCE, 2010, p. 356.

⁷³ TARTUCE, 2010, p. 41.

⁷⁴ DINIZ, 2014, p.78

(locador) consente em ceder à outra (locatário), por tempo determinado ou não, um bem infungível (imóvel) mediante o pagamento de uma contraprestação (aluguel)⁷⁵.

Assim, deste conceito é possível verificar os seguintes elementos essenciais:⁷⁶

a) Consentimento válido: é a manifestação de vontade geradora de obrigações entre as partes contratantes. No contrato de locação o consenso das partes está sujeito a toda normatividade que envolve a seara dos contratos, podendo acarretar inclusive a invalidação caso ocorra alguma das hipóteses dos vícios do consentimento (erro, dolo e coação) ou vícios sociais (simulação ou fraude contra credores). Este consentimento deve ser livre e consciente, porém não se exige que seja expresse (escrito ou verbal); ainda não é necessária uma manifestação direta da vontade, bastando seja realizada de forma indireta, pois poderá ocorrer que alguém permita tacitamente que outrem utilize do seu imóvel mediante o pagamento de um valor (aluguel). A omissão e o silêncio podem ser interpretados como manifestação de vontade⁷⁷.

Porém, alerte-se para as inseguranças que possam vir a gerar de um contrato tácito ou verbal que vão desde a dificuldade em comprovar o vínculo locatício⁷⁸ até a perda da prerrogativa da renovação nas locações de imóveis destinados ao comércio⁷⁹.

b) Capacidade dos contratantes: capacidade é uma característica da personalidade. Todos possuem a capacidade de direito prevista no artigo 1º do Código Civil (de aquisição ou de gozo de direitos). Todavia, não são todos que possuem a capacidade de fato (de exercício do direito), que se traduz na aptidão

⁷⁵ TARTUCE, 2010, P. 349

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, v. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 101.

⁷⁷ DINIZ, 2003, p. 102.

⁷⁸ LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – DESPEJO – CONTRATO VERBAL – VÍNCULO LOCATÍCIO NÃO COMPROVADO – SENTENÇA MANTIDA – ART. 252 DO RITJ/SP – RECURSO NÃO PROVIDO. O ônus da prova da existência de contrato verbal de locação cabe a parte autora, nos moldes do art. 373, I, do CPC, e havendo dúvida sobre a relação ‘*ex locato*’ era de rigor a improcedência da ação. (Processo n. APL 00003140320138260062 SP – 31ª Câmara de Direito Privado – publicado em 17.05.2016 – julgado em 17 de maio de 2016 – Relator: Paulo Ayrosa)

⁷⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESPEJO – LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL – CONTRATO VERBAL – RENOVAÇÃO COMPULSÓRIA – SÓ DE CONTRATOS ESCRITOS – RECURSO IMPROVIDO. 1 - Nos termos do artigo 51 da Lei nº 8.245/91, só cabe ação renovatória de contratos escritos. 2 – No caso em tela, o sublocatário/agravante, que pretende a renovação do contrato, possui vínculo verbal com o locador, não possuindo, portanto, direito à renovação compulsória do contrato. 3 – Recurso improvido. (Processo n. AI 00126793020168080048 – Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo – publicado em 11.11.2016 – julgado em 07 de novembro de 2016 – Relator: Manoel Alves Rabelo)

para exercer independentemente os atos da vida civil. Assim, evidencia-se a necessidade da capacidade das partes para validar o consentimento oferecido por eles na relação locatícia. Caso alguma das partes forem absoluta ou relativamente incapazes, conforme artigos 3º e 4º do Código Civil, estas deverão ser assistidas ou representadas, respectivamente.

Quanto a esta capacidade Diniz faz a seguinte observação:

O contrato de locação envolve tão-somente atos de administração, por transferir o uso e gozo da coisa e não o domínio; logo as restrições à capacidade dos contratantes não são tão rigorosas quanto na compra e venda. Assim sendo: a) Pessoa casada não precisará de autorização do outro consorte para locar objeto que lhe pertença, salvo se se tratar de contrato de locação predial urbana por prazo igual ou superior a dez anos e se um dos cônjuges for o locador (Lei n. 8.245/91, art. 3º).

c) Cessão de uso: conforme verificado anteriormente, o contrato de locação tem como objeto um imóvel urbano, podendo abranger toda a sua extensão ou parte dele. No silêncio do contrato a locação compreende o bem e seus acessórios.

d) Remuneração: o preço é indispensável para concretizar o contrato de locação, onde tratamos no aluguel que o locatário paga em datas pré-fixadas pelo uso do bem, usualmente em dinheiro, podendo também ser adimplida mediante a entrega de frutos e produtos⁸⁰.

⁸⁰ Apelação cível - Despejo e cobrança. Locação não residencial. Preliminar. Julgamento extra petita. Artigos 128 e 460 do CPC. Ocorrência. Prestações vincendas. Art. 290 do CPC. Indenização das benfeitorias. Responsabilidade civil. Ausência de notificação prévia. Art. 57 da lei 8.245/91. Valor do aluguel fixado em contratos. Índice de correção. Havendo concessão de provimento jurisdicional diferente do pedido, a sentença é '*extra petita*'. Nesse caso, o Tribunal poderá, mesmo de ofício, decotar a parte ou capítulo da sentença que não possua pedido correspondente, por conta do disposto nos artigos 128 e 460 do CPC. O art. 290 do CPC dispõe que 'quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação', desde que as prestações inadimplidas sejam da mesma obrigação. Assim, deverá o juiz incluir na condenação as prestações vincendas (alugueis e encargos). O locatário apenas tem direito à indenização das benfeitorias úteis introduzidas no imóvel se houver prévia previsão contratual ou concordância do locador, o que não foi o caso (art. 35 da Lei nº 8.245/91). A falta de notificação prévia de desocupação em 30 dias do locatário (art. 57 da Lei nº 8.245/91) não implica responsabilidade civil do locador quando a ação de despejo for fundada em falta de pagamento, tampouco quando não ocorreu interrupção abrupta da empresa ou ato ilícito praticado pelo locador. O ressarcimento pelo ponto e eventuais benfeitorias somente seria obrigatório nas hipóteses de a locação deixar de ser renovada por quaisquer dos motivos elencados no § 3º, do art. 52, da citada Lei n. 8.245/91. A Lei nº 8.245/91 prevê que 'é livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo' (art. 17), e também: 'é lícito às partes fixar, de comum acordo, novo valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula de reajuste' (art. 18). Se os valores dos alugueis foram fixados em comum acordo entre as partes por meio de novos ajustes, não há que se falar em desrespeito a

e) Lapso de tempo determinado ou indeterminado: o contrato de locação poderá prever prazo certo ou não, sendo incompatível com a sua espécie a estipulação de sua perpetuidade, justamente por ser temporário, sendo assim, caso não venha não estabelecer um prazo será considerado este, como indeterminado.

f) Forma livre: este tipo de contrato, por ser consensual, independe de forma especial para sua celebração, ou seja, é válido qualquer que seja a maneira de sua manifestação. Portanto, não se exige que seja expresso, mas que haja manifestação de vontade⁸¹. Fácil é perceber que um contrato escrito não gera tantas dúvidas e, caso persista alguma, ela deverá ser entendida a favor do devedor e contra o locador⁸².

2.3 Princípios

2.3.1 Autonomia da Vontade

É inerente à condição humana o autodeterminismo e o livre-arbítrio, ou seja, o homem tem o poder de escolher um ato ou não, de decidir e agir como lhe aprouver. Tal peculiaridade repercute também no mundo jurídico manifestada na liberdade contratual dos contratantes, conforme veremos abaixo.

Assim, conceitua Diniz o princípio da autonomia da vontade:

“no qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Esse poder de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia, envolve liberdade contratual (*Gestaltungs-freiheit*), que é a determinação no conteúdo da avença e da criação de contratos atípicos, e liberdade de contratar

índice de correção e direito a ressarcimento de valores pagos supostamente a mais. Recurso parcialmente provido para acolher a preliminar e reformar em parte a sentença. (TJDF – Acórdão 20120810071087 – (851250), 3-3-2015, Rel. Des. Hector Valverde Santanna).

⁸¹ APELAÇÃO AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA Distrato verbal Possibilidade Nos termos do art. 472 do Código Civil, ‘o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato’ O distrato deve ocorrer pela forma exigida por lei. Logo, se o contrato tem forma livre, como é o caso do contrato de locação ora em análise, o distrato também o terá Ilegitimidade passiva da corrê. Mantido o decreto de despejo quanto ao corrê, bem como sua condenação ao pagamento das prestações devidas a partir de setembro de 2012, inclusive com incidência da multa contratual de 10% - Caução Compensação devida Recurso parcialmente provido. (TJSP - Apelação nº 0060931-12.2013.8.26.0002 – Relator: Luis Fernando Nishi - 32ª Câmara de Direito Privado – julgamento em 25/05/2017).

⁸² DINIZ, 2003, p. 111.

(*Abschlussfreiheit?*), alusiva à de celebrar ou não o contrato e a de escolher o outro contratante. ”⁸³

Todavia, é preciso ressaltar que a liberdade contratual não é absoluta pois está cerceada pela supremacia da ordem pública e aos bons costumes, além da limitação ao interesse coletivo. Tal percalço está previsto expressamente no artigo 421 do Código Civil: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” ⁸⁴.

Explica Diniz que:

O princípio da autonomia da vontade sofre, portanto, restrições, trazidas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, por entender-se que, se se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando qualquer cláusula sem que o magistrado pudesse interferir, mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína, a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica⁸⁵.

Nesse sentido, preleciona Carlos Roberto Gonçalves que, “o princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado”⁸⁶.

Já para Silvio Rodrigues, “o princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos que criarem relação na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam. Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, pela manifestação de sua vontade, tendo o objeto lícito, criar relações a que a lei empresta validade”⁸⁷.

Discorre Henri de Page que, entende-se por autonomia da vontade, as vontades particulares, de forma a ponderar todas as condições e modalidades de seu vínculo de forma livre:

⁸³ DINIZ, 2015, p. 41.

⁸⁴ DINIZ, 2015, p. 42.

⁸⁵ DINIZ, 2015, p. 44-45.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41

⁸⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil v3:** dos contratos e declarações unilaterais da vontade. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.15

de donner à leurs contrats le contenu, 'l' objet que'elles estiment convenable', et qu'il leurs est loisible de choisir en toute' libértré, em s' inspirant ' de leurs seuls intérêts', et sous 'l' unique garantie de leur consentments réciproques' valablement échanges⁸⁸.

2.3.2 Função Contratual dos Contratos

Por ser um princípio contratual de ordem pública deve ser obrigatoriamente interpretado e analisado de acordo com as necessidades da sociedade⁸⁹.

No artigo 421 do Código Civil preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Todavia, este artigo sofre crítica de parcela da doutrina⁹⁰ por apresentar dois erros, a saber:

1 – o primeiro equívoco deste artigo diz respeito à expressão 'liberdade de contratar', pois é certo que a liberdade de contratar é aquela liberdade para celebrar o contrato, ou seja, a pessoa celebra o contrato com quem desejar. A função social não influencia na liberdade de contratar, mas sim na liberdade contratual, a qual se relaciona com o conteúdo. Assim, o certo seria não falar em liberdade de contratar, mas em liberdade contratual já que a função social limita o conteúdo.

2 – A função social do contrato não é razão do contrato, pois a razão do contrato é a autonomia privada. Na verdade, a função social só é limite e não razão. Assim, na proposta legislativa de alteração prevista no PL 6960/02 consta o seguinte: a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. A função social visa justamente isso, ou seja, tem o intuito de mitigar a força obrigatória do contrato e a tutela do vulnerável.

Todavia, a grande discussão no que tange a função social, trata-se de sua eficácia, sendo interna ou externa, pois subentende-se que as partes contratantes também possuem a eficácia externa além da interna. Entretanto, leciona Sílvio de Salvo Venosa que nesse caso a eficácia seria apenas interna, mas a posição majoritária é pela dupla eficácia⁹¹. Tartuce resume bem essa dupla eficácia:

Em resumo, a eficácia interna da função social dos contratos pode ser percebida: a) pela mitigação da força obrigatória do contrato; b) pela proteção da parte vulnerável da relação contratual, caso dos consumidores e aderentes; c) pela vedação da onerosidade excessiva; d) pela tendência de conservação contratual, mantendo a autonomia privada; e) pela proteção de direitos individuais relativos à

⁸⁸ PAGE. Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 2 ed., t. II, n. 462. Bruxelas: Bruylant, 1948, p. 425.

⁸⁹ TARTUCE, 2010, p. 84.

⁹⁰ TARTUCE, 2010, p. 85.

⁹¹ TARTUCE, 2010, p. 93.

dignidade humana; f) pela nulidade de cláusulas contratuais abusivas por violadoras da função social.

Ainda quanto à eficácia interna, a função social dos contratos, pelo que consta dos arts. 104, 166, II, 187 e 421 do Código Civil, pode se enquadrar nos planos da validade ou da eficácia do contrato, o que depende de análise caso a caso. Isso porque, havendo no exercício da autonomia privada um abuso do direito, estará configurado o ilícito, que pode eivar de nulidade à cláusula contratual ou mesmo todo o contrato.

Por outro lado, a eficácia externa pode ser extraída das hipóteses em que um contrato gera efeitos perante terceiros (tutela externa do crédito, nos termos do Enunciado 21 do CJF/STJ).⁹²

Um exemplo de eficácia interna é a vedação da onerosidade excessiva. Esta ocorre quando há desproporção no contrato, v.g., a lesão prevista no artigo 157 do Código Civil; a redução da multa ou cláusula penal prevista no artigo 413 do Código Civil; as hipóteses que permitem a revisão ou mesmo a resolução do contrato diante de um fato imprevisível e extraordinário somado a uma onerosidade excessiva, conforme previsão nos artigos 317, 478 a 480, todos do Código Civil⁹³.

Já um exemplo de eficácia externa é a tutela externa do crédito prevista no Enunciado 21 CJF e o artigo 608 do Código Civil, conforme ocorreu no caso Zeca Pagodinho em que tinha um contrato com a Nova Schin e foi aliciado pela Bhrama para prestar serviços a ela⁹⁴.

Aduz Maria Helena Diniz que, “a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo”⁹⁵.

Para Caio Mario, “o contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem seus interesses e a função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade”⁹⁶.

No que pese a função social do contrato sob a perspectiva do direito e economia, ressalta Oliver Williamson que, “o mercado não está separado ele é parte

⁹² TARTUCE, 2010, p. 94.

⁹³ TARTUCE, 2010, p. 94.

⁹⁴ “Enunciado 21 CFJ: Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

⁹⁵ DINIZ, 2015, p. 32.

⁹⁶ PEREIRA, Cario Mario da S. **Instituições do Direito Civil**; contratos, declarações unilateral de vontade; responsabilidade civil. V3. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 12

integrante dele”, logo, as partes contratantes são individualistas, de modo a concretizar o melhor negócio⁹⁷.

Contudo, os bens e serviços devem circular de acordo com a vontade das partes, expressa no contrato, segundo Cooter, “a pressuposição básica do modelo é que este tipo de organização social não é anárquico. Ao contrário, estabelece a alocação eficiente de recursos escassos, pelo fato de as interações entre indivíduos tenderem a criar uma espontânea situação de equilíbrio geral”.⁹⁸

No que consiste ao dirigismo contratual, corrobora Steven Shavell e Louis Kaplov sobre o assunto que:

Os Tribunais deveriam evitar a interpretação discricionária das cláusulas do contrato livremente entabulado, fazendo-o em termos de nomes muito genéricos como a justiça social e a função social, com visão da justiça distributiva. Não poderiam agir assim sem levar em conta as consequências de uma cadeia de eventos. A razão para tanto é que os tribunais não dispõem de estatísticas para medir quem está de fato se beneficiando e que está verdadeiramente perdendo. A baixa probabilidade dos tribunais acertarem a medida correta em cada caso concreto faz surgir a grande presunção em favor do *pacta sunt servanda*. O sistema tributário seria, presumivelmente, mais eficiente em redistribuir a riqueza produzida na sociedade, enquanto os direitos dos contratos da propriedade são cumpridos⁹⁹.

2.3.3 Consensualismo

Este princípio é responsável pela dinâmica dos contratos, pois ordena que a simples manifestação de vontade dos contratantes basta para criar um contrato válido, não sendo necessário nenhuma forma específica nem a entrega de coisa para concretizar o negócio. Isso ocorre, v.g., nos contratos de compra e venda de bens móveis em que basta a vontade das partes para o aperfeiçoamento da avença, com o acerto do preço e da coisa a ser entregue¹⁰⁰.

Portanto, segundo Kumpel:

Dessa maneira, tanto os contratos formais quanto os reais necessitam de expressa previsão legal ou contratual, pois ferem a

⁹⁷ WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985, p. 15 e ss.

⁹⁸ COOTER, Robert; et al. *Law & economics*. 5 ed. Boston: Addison-Wesley, 2008, p. 11 e 40.

⁹⁹ SHAVELL, Steven; KAPLOV, Louis. *Why the legal system is less eficiente than the income tax in redistributing income*. Journal of Legal Studies, v. 23. Chicago: Chicago University Press, 1994, p.667.

¹⁰⁰ KUMPEL, Vitor Frederico. *Direito dos Contratos*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29.

presunção estabelecida pelo princípio, cujo objetivo é dinamizar a relação contratual a fim de que a riqueza circule rapidamente.¹⁰¹

Maria Helena Diniz ainda coloca como princípio contratual o consensualismo, pelo qual apenas há acordo de duas vontades, o que seria suficiente para se criar um contrato válido, pelo simples motivo de o vínculo contratual não necessitar de nenhuma forma, logo, tem a mesma opinião que Flávio Augusto Monteiro de Barros, que diz que com tal princípio “o acordo de vontades é suficiente para gerar a formação válida do contrato”¹⁰².

Sobre o assunto corrobora Carlos Alberto Bittar que, sendo o contrato corolário natural de liberdade e relacionado à força disciplinadora reconhecida à vontade humana, tem-se que as pessoas gozam de faculdade de vincular-se pelo simples consenso, fundadas, ademais, no princípio ético do respeito à palavra dada e na confiança recíproca que as leva a contratar.¹⁰³

Ressalta ainda o autor que, com isso, a lei, deve, em princípio, abster-se de estabelecer solenidades, formas ou fórmulas que conduzam ou qualifiquem o acordo, bastando para sua definição do contrato, salvo em poucas figuras cuja seriedade de efeitos exija a sua observância como no casamento, na transmissão de direitos sobre imóveis.¹⁰⁴

2.3.4 Força Obrigatória dos Contratos

O ordenamento jurídico permite que as pessoas regulem suas relações privadas e, por outro lado, faz com que as cumpram sob pena de uma execução forçada. É sabido e consabido que o contrato vira lei entre as partes, o qual entra no ordenamento jurídico ‘*pacta sunt servanda*’¹⁰⁵.

O Enunciado 23 Conselho da Justiça Federal (CJF), enuncia que o princípio da força obrigatória não foi eliminado, de modo que a função social do contrato não elimina a autonomia contratual, a força obrigatória, mas reduz o alcance desse

¹⁰¹ KÜMPEL, 2006, p. 29.

¹⁰² BARROS, Flávio A. M. de. **Manual de direito civil: direitos das obrigações e contratos**. São Paulo: Método, 2009, p.222.

¹⁰³ BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil. v1**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p.455

¹⁰⁴ BITTAR, 1994, p. 455.

¹⁰⁵ DINIZ, 2015, p. 48.

princípio quando presente interesses metaindividuais ou individual relativo à dignidade da pessoa humana¹⁰⁶.

Os contratos nascem para serem cumpridos, mas os princípios sociais contratuais (função social e a boa-fé objetiva) vêm justamente mitigar esse princípio, podendo-se citar como exemplo a Súmula 302 do STJ: “no contrato de plano de saúde é nula a cláusula que limita a internação hospitalar do segurado”. Este é um exemplo de mitigação do princípio da força obrigatória quanto aos princípios sociais¹⁰⁷.

Desta forma, o princípio da força obrigatória permanece no mínimo de certeza e segurança de que se espera do ordenamento jurídico¹⁰⁸.

Todavia, o autor Luiz Fernando Guilherme, consagra a ideia de que o contrato, uma vez obedecidos seus requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença. Isto é, o contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo a força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor¹⁰⁹.

2.3.5 Relatividade dos Efeitos Contratuais

Esse princípio é mitigado pela própria força obrigatória e pela função social do contrato. Como exemplo da função social do contrato mitigando a relatividade dos efeitos é o Enunciado 21 do CJF, o qual pronuncia que “a função social do contrato traz a revisão do princípio da relatividade dos efeitos porque em alguns casos o contrato atinge terceiros ou uma conduta de terceiros pode atingir uma parte contratante”¹¹⁰

Ainda, outro exemplo é a estipulação em favor de terceiro (arts. 436 a 438, CC) em que a situação mais comum desse tipo de negócio é o contrato de seguro

¹⁰⁶ CJF. **Consulta de Enunciados**. Disponível em www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669 Acesso em 17 set 2017.

¹⁰⁷ TARTUCE, 2010, p. 84-97.

¹⁰⁸ TARTUCE, 2010, p. 110.

¹⁰⁹ GUILHERME, Luiz Fernando do V. de **A Função Social do Contrato e Contrato Social**: análise da crise econômica. São Paulo: Saraiva, 2013, p.94

¹¹⁰ TARTUCE, 2010, P. 135.

de dano à pessoa.¹¹¹ Nesta situação os efeitos são exógenos, ou seja, de dentro para fora. Esse terceiro que não é parte pode exigir o cumprimento do contrato¹¹².

Outro exemplo é a situação oposta, ou seja, a promessa de fato de terceiro, conforme preconiza os arts. 439 a 440, CC, como por exemplo duas pessoas celebram um contrato com a promessa que um determinado artista venha a fazer um show. Caso esse artista não compareça, o promitente é quem vai responder. Assim, uma conduta de terceiro repercute no contrato, sendo esses efeitos endógenos, ou seja, de fora para dentro. Observe que o artigo 440 do Código Civil reza que caso o artista declare seu comparecimento no show, o promitente fica exonerado¹¹³.

2.3.6 Boa-Fé Objetiva

Este princípio está no plano da conduta, sendo a boa-fé objetiva a evolução do conceito de boa-fé, ou seja, o comportamento leal dos contratantes. Contudo, esse princípio sempre foi considerado também como subjetiva, quando está no plano intencional¹¹⁴.

Entretanto, a boa-fé objetiva está relacionada com os deveres anexos laterais ou secundários de conduta. As partes devem respeitar suas obrigações em qualquer contrato, sem a necessidade de previsão no instrumento. Desta forma, deve-se o respeito a outra parte, bem como o cuidado, informar, lealdade, colaboração ou cooperação, confiança, agir conforme a equidade e a razoabilidade. Vale enfatizar que, caso não venha a serem cumpridos, tem-se o que se chama de violação positiva do contrato, como prevê o Enunciado 24 do CJF: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.¹¹⁵

A boa-fé objetiva tem 3 funções¹¹⁶:

1 – De interpretação (art. 113, CC): os negócios jurídicos e os contratos devem ser interpretados a favor de quem esteja de boa-fé, isso justifica por exemplo a interpretação mais favorável ao consumidor do art. 47 do Código de Defesa do

¹¹¹ DINIZ, 2003, p.74.

¹¹² TARTUCE, 2010, p.133.

¹¹³ TARTUCE, 2010, p.133.

¹¹⁴ TARTUCE, 2010, p.110-111.

¹¹⁵ TARTUCE, 2010, p.111-113.

¹¹⁶ TARTUCE, 2010, p.113-115.

Consumidor ou ao aderente (art. 423, CC) porque a lei presume que essas pessoas como partes vulneráveis estejam de boa-fé.

2 – De controle ou ativa (art. 187, CC): aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito, logo tem responsabilidade objetiva, conforme o Enunciado 37 do CJP.¹¹⁷

Elucida Miragem quanto a redação do art. 187 do Código Civil que:

“...ao positivar a teoria do abuso do direito, e definir como ilícito o exercício abusivo, da mesma forma estabelece o paradigma para determinação da regularidade ou não do exercício de direitos. Trata-se de conceitos cujo significado, em maior ou menor grau, é desenvolvido pela doutrina e jurisprudencial nacional e comparada para efeito do controle da atuação jurídica e seu cotejo com os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes são conceitos plurissignificativos, indeterminados, cujo adensamento de seu sentido e significado estão associados ao trabalho da doutrina e da jurisprudência. Expressam, igualmente, em seu sentido atual, *standarts* de conduta socialmente desejadas, na medida em que os respeitos aos mesmos, na qualidade de limites ao exercício de direitos subjetivos, representam espécie de legitimação do exercício dos poderes e faculdades estabelecidos pelo ordenamento.

”¹¹⁸

3 – Integração (art. 422, CC): a boa-fé objetiva deve integrar todas as fases do contrato: fase pré-contratual, contratual e a pós-contratual. Isso é reforçado pelos Enunciados 25 do CJP¹¹⁹ e 170 do CJP.¹²⁰

Como exemplo da aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual pode-se citar o caso dos tomates em que a empresa CICA fornecia sementes aos agricultores e se comprometia em comprar os tomates destes. Em determinado momento a empresa distribuiu as sementes, porém a empresa CICA

¹¹⁷ Enunciado 37, CJP: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

¹¹⁸ MIRAGEM. Bruno. **Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro**. Revista dos Tribunais, v. 864. São Paulo: RT, dezembro/2005, pp. 11-44.

¹¹⁹ Enunciado 25, CJP: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

¹²⁰ Enunciado 170, CJP: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

não apareceu para comprar. Neste caso ocorreu a violação da boa-fé objetiva o que originou a responsabilidade objetiva sem culpa¹²¹.

No que trata a fase contratual reza a Súmula 308 STJ que “a hipoteca firmada entre a incorporadora e o agente financiador não tem eficácia em relação a terceiros adquirentes de boa-fé”¹²².

Já o exemplo na fase pós-contratual seria aquela situação em que um devedor faz um acordo com um credor com o pagamento da dívida, porém o credor não retira o nome do devedor do cadastro de inadimplentes¹²³.

Como elemento sintetizador que nutrem o contrato e a própria codificação civilista, a boa-fé propriamente dita, em sua formatação exponencial, reza assim a incumbência de ação de iniciativas proclamadas a partir de honradez, denodo, confiança e de probidade recíprocas ao aglutinar a participação de ambas as partes da relação jurídica, conforme ressalta Guilherme¹²⁴.

Cita o autor que, a boa fé é, segundo Judith Martins-Costa, em partícula extraída das lições de Maria Helena Diniz, “um cânone hermenêutico integrativo do contrato; como norma de criação de deveres jurídicos e como norma de limitação ao exercício dos direitos subjetivos. Daí sua íntima relação com o princípio da probidade, que requer honestidade no procedimento dos contratantes e no cumprimento das obrigações”¹²⁵.

2.4 Garantias

Consoa o art. 37 da Lei 8245/91 as garantias locatícias, portanto, uma vez sacramentadas no contrato de locação escrito, garante ao Locador a maior probabilidade de posterior satisfação dos direitos e créditos que surjam do inadimplemento do Locatário no transcorrer da Locação, à medida em que, ainda que verificada a insolvência deste, com a constatação de inexistência ou insuficiência de patrimônio hábil ao total pagamento dos débitos apurados, recorrerá o Locador à garantia contratual ajustada para que sobre a mesma

¹²¹ “Contrato. Teoria da aparência. Inadimplemento. O trato, contido na intenção, configura contrato, porquanto os produtores, nos anos anteriores, plantaram para a CICA e, não tinham por que plantar, sem garantia da compra.” TJRS, Embargos Infringentes, rel. Juiz Adalberto Libório Barros, j, 01.11.1991, Comarca de origem: Canguçu. (Fonte: Jurisprudência TJRS, Cíveis, 1992, vol.2, t. 14, p. 1-22).

¹²² TARTUCE, 2010, p.113-115.

¹²³ TARTUCE, 2010, p.113-115.

¹²⁴ GUILHERME, 2013, p.107.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A quebra positiva do contrato**, 2008 apud DINIZ, 2010, p.34

repouse sua intenção de recebimento de tudo quanto for apurado a título de débitos da locação garantida¹²⁶.

Segundo Venosa:

A lei, a exemplo do diploma anterior, especifica três modalidades de garantia. As obrigações de garantia são uma terceira modalidade de obrigação, ao lado das obrigações de meio e de resultado. O conteúdo da garantia, sempre a serviço de outra obrigação, é eliminar um risco que pesa sobre o credor. Para esse fim, a simples assunção do risco pelo devedor da garantia representa por si só o adimplemento da obrigação. Trata-se, pois, de obrigação acessória a contrato principal, no caso o contrato de locação.¹²⁷

No tocante à caução real poderá ser ofertada por meio de bens móveis ou imóveis, conforme permite o artigo 38, *caput*, da Lei 8.245/91. A caução de bens móveis deve ser registrada no Cartório de Títulos e Documentos e os bens imóveis deve ser averbada na matrícula do registro de imóveis (art. 38, parágrafo 1º, da Lei 8.245/91).

Quanto à caução em dinheiro esta não pode ultrapassar ao valor correspondente a três alugueres, conforme determina o parágrafo 2º do artigo 38 da Lei de Locações.

Ademais, a caução em dinheiro remotamente será suficiente para a satisfação dos créditos que surjam na vigência da locação, uma vez verificada a inadimplência continuada do Locatário quanto aos locativos e demais encargos que incidam sobre o imóvel enquanto perdurar a relação contratual¹²⁸.

Em se tratando da caução em títulos e ações, essa deverá ser substituída, no prazo de trinta dias, em caso de concordata, falência ou liquidação das sociedades emissoras (parágrafo 3º do art. 38 da Lei 8245/91). Observe que o instituto da concordata citada neste artigo foi substituído pela recuperação judicial e extrajudicial, de acordo com a Nova Lei de Falências (Lei nº 11.105/2005).

Já em relação ao seguro de fiança locatícia reza o artigo 41 da Lei 8.245/91 que este tipo de seguro abrangerá a totalidade das obrigações do locatário.

¹²⁶ CAPARELLI, Luciana. **Garantias admitidas nas locações**: Lei e considerações gerais. Disponível em <https://lucianacaparelli.jusbrasil.com.br/artigos/112141825/garantias-admitidas-nas-locacoes-lei-e-consideracoes-gerais> Acesso em 18 set 2017.

¹²⁷ VENOSA, 2015, p. 179.

¹²⁸ CAPARELLI, 2010.

Segundo Tartuce esta regra está em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva também aplicável às relações locatícias.¹²⁹

Assiste ao Locador, nesta espécie de garantia, o direito-dever de intervir na eleição da Seguradora contratada, bem como de atentar às coberturas contratadas, e limites do seguro pretendido, prevenindo que reste insuficiente a cobertura em caso de sinistro, “*in casu*” o inadimplemento pelo Locatário quanto às obrigações locatícias¹³⁰.

Sem dúvida a forma mais utilizada de garantia locatícia é a fiança regulamentada pelos artigos 818 a 839 do Código Civil, sendo definida no artigo 818 do Código Civil: “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor caso este não cumpra”¹³¹.

Ainda, mister esclarecer que não havendo estipulação ao dever do fiador é subsidiária à obrigação do locatário, ou seja, inicialmente respondem os bens do afiançado, embora usualmente as partes convençionem a solidariedade entre locatário e fiador¹³².

¹²⁹ TARTUCE, 2010, p. 384.

¹³⁰ CAPARELLI, 2010.

¹³¹ VENOSA, 2015, p. 183.

¹³² TARTUCE, 2010, p. 384.

CAPÍTULO III DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

3.1 A Constitucionalização do Direito Civil e a necessidade de observância do Direito Fundamental à Moradia

O nosso ordenamento jurídico trabalha dentro de um escalonamento de normas de acordo com a hierarquia entre elas, ou seja, a construção do sistema é feita a partir da sobreposição das normas superiores às inferiores¹³³.

A Lei Suprema ou Ápice é o conjunto máximo de regras e princípios norteadores da defesa da pessoa humana e quem faz o papel dessa lei suprema em nosso sistema é a Constituição Federal. Ela consagra os princípios basilares da ordem social, política, econômica, sendo que esses princípios orientam e disciplinam a conduta dos governantes e dos particulares.¹³⁴

Portanto, a Constituição Federal é a lei fundamental nos dizeres de José Afonso da Silva¹³⁵:

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de sua aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Diante da importância de um texto legislativo, o seu processo de modificação é, conseqüentemente, também mais rigoroso. Assim, a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua alteração do que para a modificação das demais normas jurídicas da ordenação estatal¹³⁶.

Portanto, dessa rigidez surge como principal consequência o princípio da supremacia da Constituição, que conforme enuncia José Afonso da Silva¹³⁷:

¹³³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 49.

¹³⁴ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 199.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39.

¹³⁶ SILVA, 1998, p. 39.

¹³⁷ SILVA, 1998, p. 47.

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. (...). Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Surge também o princípio central do direito público constitucional, que é o da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos. De modo a consagrar a natureza das leis em constitucionais e ordinárias, sendo que as primeiras possuem supremacia absoluta sobre as segundas¹³⁸.

Segundo Maluf¹³⁹:

A lei ordinária deve ajustar-se à letra e ao espírito da Constituição, como condição *sine qua non* de validade. Dizemos à letra e ao espírito porque, como é óbvio, além dos princípios expressos, decorrem da Constituição princípios implícitos, isto é, princípios que não estão escritos, mas que deduzem do regime adotado, da substância ideológica e das próprias normas expressas.

Dada a importância do texto constitucional, o qual consagra os valores maiores de uma sociedade, a doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova roupagem ao constitucionalismo, sob a rubrica de neoconstitucionalismo¹⁴⁰.

Sobre o neoconstitucionalismo nos ensina Pedro Lenza¹⁴¹:

Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Portanto, como não poderia deixar de ser, esse processo de constitucionalização chegou ao Direito Civil, sendo influenciado de forma determinante pelo Direito Constitucional. Destarte, o estudo civilista atual mudou de figurino, em especial, após a vigência da Constituição Federal de 1988¹⁴².

O fenômeno da constitucionalização não é apenas a “migração de regras e institutos básicos do direito civil, notadamente a família, a propriedade e o contrato, para o seio da Constituição [...]”. Vai além disso. É também a exigência de uma

¹³⁸ MALUF, 1998, p. 199.

¹³⁹ MALUF, 1998, p. 199.

¹⁴⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

¹⁴¹ LENZA, 2009, p. 9.

¹⁴² LENZA, 2009, p. 9.

releitura de todo o ordenamento jurídico civil e legislação extravagante sob o enfoque da Constituição Federal em razão de ser ela a orientadora e pedra angular de todo o arcabouço jurídico-normativo brasileiro¹⁴³.

Conforme leciona Tartuce¹⁴⁴:

A verdade é que o chamado direito civil constitucional é apenas uma variação hermenêutica, uma mudança de atitude no ato de interpretar a lei civil em confronto com a Lei Maior. Muitas vezes, ademais, necessário confirmar a afirmação que as principais novidades do direito privado não foram trazidas pela codificação emergente, mas com a promulgação da Constituição Federal de 1998.

Dessa maneira, o ordenamento jurídico entende que, para se alcançar efetivamente a justiça material seria necessária incidir as normas constitucionais sobre as relações privadas. A partir de então, passou-se a considerar o direito Constitucional como fonte de direito civil, ignorando-se a antiga dicotomia entre o público e o privado.¹⁴⁵

A incidência direta da Constituição de 1988 nas relações civis merece nossa especial atenção, a começar pelo art. 1º, que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, prevê “*a dignidade da pessoa humana*”, a qual, por essa razão, constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento jurídico¹⁴⁶.

Se observarmos que, no art. 5º da Carta Magna, são consagrados outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o da propriedade, o da reparação do dano moral, o da inviolabilidade da vida privada e da imagem das pessoas, família, entre outros diretos de natureza privada.

Oportuno, desde já, diferenciar o direito de propriedade e o direito à moradia. O direito a moradia está previsto pela Constituição no *caput* do artigo 6º, *caput*, da CF como um direito social enquanto que o direito à propriedade está previsto no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988 entre os direitos e deveres individuais e coletivos.

Conforme ensina Vilça a diferença entre o direito à moradia e o da propriedade é o seguinte:

¹⁴³ SARTI, Amir José Finocchiaro. **A Constitucionalização do Direito Civil**. In: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre, RS, v. 51, n. 312, p. 33, out. 2003.

¹⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005, p. 63.

¹⁴⁵ MESQUITA, Renata Paccola. Penhora do Bem de Família do fiador e colisão dos direitos Fundamentais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 7.

¹⁴⁶ MESQUITA, 2013, p. 7.

O Estado deve, assim, desenvolver projetos de construção de habitações populares, que possam ser adquiridas pelos cidadãos de baixa renda. Acontece que o direito à moradia vai muito além do direito de propriedade, pois só pequena parcela da população é proprietária de imóveis, como também não tem condição financeira para adquiri-los. A grande maioria dos cidadãos vive em imóveis alugados, quando tem o privilégio de poder pagar o aluguel. Grande contingente populacional vive em favelas. A esses não proprietários é que, em geral, destina-se a proteção do direito à moradia, que deve ser sanado pelo Estado, à medida do possível, assegurando esse direito com o tempo.¹⁴⁷

O direito à moradia digna foi reconhecido e inserido como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo recepcionado e difundido na Constituição Federal de 1988, em virtude da Emenda Constitucional nº 26/00, em seu artigo 6º, *caput*.

O direito à moradia é reconhecido como um direito humano em diversas declarações e tratados internacionais de direitos humanos do qual o Estado Brasileiro é parte, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV, item 1), consta também no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, artigo 11; na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, artigo 5 (alínea “e”, inciso III); na Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978, artigo 9 (§ 2º); na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, artigo 14 (§ 2º, alínea “h”); Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, artigo 27(§3º); na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976, Seção III (art. 8º) e capítulo II (item a.3); na Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, capítulo 7(item 6) e na Agenda Habitat de 1996.¹⁴⁸

Não há dúvida de que a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais traz repercussões ao mundo fático que vão desde a criação de programas habitacionais até outras medidas garantidoras desse direito e que não podem ser olvidadas pelos juristas.

¹⁴⁷ AZEVEDO, 2010, p. 220.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Fernando José Vianna. A Efetivação do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25395>>. Acesso em: 11 set 2017. Mantenha esse, pois não foi ele que postou no site indicado

Considerando que os direitos sociais são considerados como direitos fundamentais do ser humano¹⁴⁹, incide à regra da auto aplicabilidade, ou seja, aplicação imediata conforme preceitua o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal¹⁵⁰.

É sabido que a constitucionalização do direito à moradia, e sua inclusão dentre os direitos sociais, abriu uma discussão acerca da validade e eficácia do artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90.

3.2 Dos Atos Negociais

Com a constitucionalização do direito civil visando o mínimo de desenvolvimento da dignidade da pessoa humana o legislador resolveu garantir o bem de família por meio do instituto da impenhorabilidade. Uma das consequências desta garantia ocorre nos atos negociais entre os particulares, pois restringe as hipóteses em que o patrimônio dos contratantes poderá figurar como garantia no caso de inadimplemento de uma relação contratual¹⁵¹.

Conforme explica Mesquita:

Diante desta situação de exclusão e proteção dada ao bem de família, surge o conflito de duas normas do direito. De um lado, um direito constitucional à moradia, considerado como essencial para o desenvolvimento e dignidade do grupo familiar e, de outro, o princípio da autonomia privada, empregado nas relações entre particulares, colocado em cheque quando da indicação desse tipo de bem como garantidor da relação negocial.

Em que pese o direito à moradia ter ganho *status* constitucional, não significa que é um direito absoluto. Destarte, poderá haver em algum momento restrição a este direito de forma a salvaguardar outros direitos vitais aos cidadãos¹⁵².

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, [2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 06 set 2017.

¹⁵⁰ MESQUITA, 2013, p. 43-44.

¹⁵¹ MESQUITA, 2013, p. 43-44.

¹⁵² Compromisso de Venda e Compra – CDHU – Pleito de rescisão contratual, cumulado com reintegração de posse e indenização por danos materiais, proposto pela alienante – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Desnecessidade de audiência preliminar prevista no artigo 331, do CPC – Diploma legal que prevê, ao oposto, sua dispensa quando o feito comportar julgamento antecipado – Inadimplemento contratual dos adquirentes caracterizado, que enseja a resolução da avença – Reintegração que é consequência imediata da rescisão – Direito à moradia que constitui direito social fundamental, sendo certo, todavia, que não há direito fundamental absoluto e sua aplicação nesse caso se dá num âmbito vertical, oposto em face do Estado, e não em face de particulares – Apelo desprovido (TJ-SP - APL: 00198868820118260037 SP 0019886-88.2011.8.26.0037, Relator: Galdino

É sabido que, a doutrina estrangeira também reconhece que o ser humano precisa de um lugar para viver junto com seus familiares, sendo necessário que:

*[...] facilite al hombre todo que éste necesita para vivir una vida verdaderamente humana, como son el alimento, a vestimenta, la vivienda, el derecho a la libre elección de estado y a fundar una familia, a la educación, al trabajo, a la buena fama, al respeto, a unca adecuada información, a obrar de acuerdo com la norma recta de su conciencia, a la protección de la vida privada y a la justa libertad también en materia religiosa*¹⁵³.

Todavia, um exemplo clássico da colisão entre direitos no contexto brasileiro, diz respeito ao conflito existente entre o direito à moradia e a previsão contida no artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90. O referido artigo prevê a possibilidade de penhora sobre o bem de família do fiador em contrato de locação.

O intuito de criar a exceção de impenhorabilidade do bem de família foi a de fomentar o mercado imobiliário já tão combalido e agravado com a edição da Lei 8.009/90. Conforme explica Mesquita:

Com esta normatização, houve uma nítida retração do mercado imobiliário, resultado da limitação e restrição imposta aos contratos de locação. Ora, diante das dificuldades de se adquirir a casa própria, ficava praticamente impossível encontrar fiador possuidor de mais de um imóvel para garantir a obrigação locatícia. O resultado não poderia ser outro senão o desestímulo dos locadores em disponibilizarem seus bens para servir de moradia à terceiro, uma vez que eles não possuíam segurança alguma quanto ao cumprimento da avença.¹⁵⁴

Nesse mesmo sentido Genacéia da Sila Alberton:

“O art. 82 da Lei 8.245/91, ao acrescentar o inc. VII à execução da parte final do art. 3º da Lei 8.009/90, estabelecendo como afastada a impenhorabilidade do imóvel familiar ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’, visava tão-somente proteger a locação. O argumento que se levanta, portanto, é o que, sem essa garantia de penhorabilidade do imóvel do fiador para incentivar a locação, tornar-se-ia difícil trabalhar no mercado imobiliário. Assim sendo, para favorecer a moradia, permitiu-se que sobre o fiador viesse recair a exclusão quanto à impenhorabilidade do imóvel residencial”.¹⁵⁵

Toledo Júnior, Data de Julgamento: 08/03/2016, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/03/2016”.

¹⁵³ PÉREZ, González Pérez. **La dignidade de la persona**. 1ªed. Madrid: Editora Civitas. 1986, p. 61.

¹⁵⁴ MESQUITA, 2013, p. 106.

¹⁵⁵ ALBERTON, Genacéia da Silva. **Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador**, 2003, p. 119 apud MESQUITA, 2013, p. 106.

Por outro lado, muitos entenderam que o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 não foi recepcionado pela EC 26/2000. Tal entendimento foi exposto no voto do ex Ministro Carlos Velloso quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 352.940, a saber:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora *‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’*: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, em embargos à execução, proferido pela Quarta Câmara do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, está assim ementado: *‘A norma constitucional que inclui o direito à moradia entre os sociais (artigo 6º do Estatuto Político da República, texto conforme a Emenda 26, de 14 de fevereiro de 2000) não é imediatamente aplicável, persistindo, portanto, a penhorabilidade do bem de família de fiador de contrato de locação imobiliária urbana. A imposição constitucional, sem distinção ou condicionamento, de obediência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada é inarredável, ainda que se cuide, a regra eventualmente transgressora, de norma de alcance social e de ordem pública.’* (Fl. 81) Daí o RE, interposto por ERNESTO GRADELLA NETO e GISELDA DE FÁTIMA GALVES GRADELLA, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, o seguinte: a) impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, dado que o art. 6º da Constituição Federal, que se configura como auto-aplicável, assegura o direito à moradia, o que elidiria a aplicação do disposto no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação da Lei 8.245/91; b) inexistência de direito adquirido contra a ordem pública, porquanto [...] *a norma constitucional apanha situações existentes sob sua égide, ainda que iniciadas no regime antecedente*’ (fl. 88). Admitido o recurso, subiram os autos. A Procuradoria-Geral da República, em parecer lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Drª. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo não-conhecimento do recurso. Autos conclusos em 15.10.2004. Decido. A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora *‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.’* É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: *‘Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.’* Em trabalho doutrinário que escrevi *‘Dos*

Direitos Sociais na Constituição do Brasil, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003 registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração, direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família - a moradia do homem e sua família - justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII, do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família - Lei 8.009/90, art. 1º - encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência.¹⁵⁶

Na doutrina a posição minoritária liderada por Carlos Callage defende a inconstitucionalidade da Lei 8.009/90 por entender que esta norma ofende o sistema econômico, prejudicando o “princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas”.¹⁵⁷ Em reforço Flávio Murilo Tartuce Silva diz que: “o direito constitucional à moradia acaba limitando a autonomia privada”, o qual se utiliza o Enunciado nº 24, editado pelo Conselho da Justiça Federal, por ocasião da realização da I Jornada de Direito Civil:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.¹⁵⁸

¹⁵⁶ STF - RE: 352.940 SP, Relator: Ministro CARLOS VELOSO, Data de Publicação: DJ 09/05/2005.

¹⁵⁷ CALLAGE, Carlos. **Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990**, pp. 23-24 apud CARLI, 2009, p. 122.

¹⁵⁸ SILVA, Flávio Murilo Tartuce. **A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90**. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/>. Acesso em 10 set 2017,

Todavia, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 08 de fevereiro de 2006, no RE 407.688-8¹⁵⁹ tendo como Relator o Ministro César Peluso, entendeu pela legalidade da penhora do bem de família do fiador, pois não há afronta ao direito à moradia e deve-se respeitar a autodeterminação na seara contratual. Desta forma, analisaremos o voto do Ministro Joaquim Barbosa que diz:

[...] a questão posta nos presentes autos centra-se no embate entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à moradia (art. 6º da Constituição Federal), que é direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige uma prestação do Estado; de outro, o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por consequência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade. Ambos os direitos merecem igual tutela em nossa Constituição, de modo que é tarefa complexa estabelecer os parâmetros e limites de sua aplicação, em especial neste tema da penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação. E continua em seu brilhante voto: Tomo, contudo, a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva se verificar em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo. É precisamente essa cautela que preconizei ao proferir o voto no caso mencionado, essa opção pelo exame casuístico, que norteará meu voto no presente recurso extraordinário. Examinando o problema em termos objetivos. A norma em causa dispõe o seguinte: 'A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.' A norma é muito clara: o fiador que oferece o único imóvel de sua propriedade para garantir contrato de locação de terceiro pode ter o bem penhorado em caso de descumprimento da obrigação principal pelo locatário. Sustenta-se que essa penhora seria contrária ao disposto na Constituição Federal, sobretudo após a Emenda Constitucional 26, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição. Entendo, porém, que esse não deve ser o desenlace da questão. Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta. É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria. Por via de consequência, entendo que não há incompatibilidade entre o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990, inserido pela Lei 8.245/1991, que prevê a possibilidade de penhora do bem de

¹⁵⁹ STF – RE 407.688-8/SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Cezar Peluso – DJU 13.10.2006.

família em caso de fiança em contrato de locação, e a Constituição Federal. No caso, o acórdão recorrido deu por legítima a penhora de um bem de família do fiador em contrato de locação.

Assim, da análise do voto acima transcrito é possível observar que o Ministro Joaquim Barbosa usou a técnica da ponderação ao verificar a colisão entre dois direitos fundamentais: moradia *versus* liberdade. Ainda, ressaltou ser afeto a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, desde que realizadas caso a caso, como o fez no presente.

Conclui, portanto, que a decisão em prestar fiança é expressão da liberdade consubstanciada no direito à livre contratação, sendo válida a oferta do bem de família do fiador como garantia em contratos de locação.

Ademais, importante as considerações do Ministro Relator a respeito do estímulo a oferta de bens imóveis para locação contribuindo com o direito social à moradia:

Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações factuais e de vocações normativas – a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito -, como porque, como bem observou José Eduardo Faria, ‘os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios’.

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

A jurista Ana Alice de Carli ao analisar a jurisprudência dos Tribunais Estaduais reproduz algumas decisões que tem como fundamento a previsão legal, a saber:

TJ – Rio de Janeiro - 2007.001.33716 - APELACAO CIVEL DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 05/07/2007 - VIGESIMA CAMARA CIVEL EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DOS FIADORES. VERBETE 63 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO TJ/RJ. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTES.1. A impenhorabilidade do bem de família é regra, somente sendo cabível nas estritas exceções legalmente previstas. A Lei nº 8.009/90, em seu art. 3º, inciso VII, com a redação dada pelo art. 82, da Lei nº 8.245/91, tornou possível a penhora de bem de família dado em garantia de obrigação decorrente de fiança pactuada em contrato de locação.2. Precedentes. RE nº 407.688, Pleno do STF, julgado em 8.2.2006, maioria, noticiado no Informativo nº 416 e publicado, recentemente, em 06/10/2006.3. Nos termos do verbete n.º 63 da Súmula de Jurisprudência predominante do TJ/RJ, cabe a incidência da penhora sobre o imóvel único do fiador de contrato de locação.4. Uniformização de Jurisprudência n.º 05/2001. Relator Desembargador PAULO VENTURA.5. Decisão proferida pelo órgão fracionário do Tribunal, na forma expressamente autorizada pelo art. 557 do Código de Processo Civil.6. Provimento do recurso na forma autorizada pelo §1º-A do artigo 557 do CPC.

TJ – São Paulo - EXECUÇÃO - PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - FIADOR - CABIMENTO - APLICAÇÃO DA LEI 8245/91. “Quanto à impenhorabilidade do bem, de conformidade com o artigo 3º, VII da Lei 8009/90, trata-se da excepcionalidade prevista legalmente, uma vez ser resultado de dívidas contraídas por força de fiança prestada em contrato locatício”. Ap. c/ Rev. 617.242-00/8 - 7ª Câmara. - Rel. Juiz AMÉRICO ANGÉLICO - J. 13.11.2001.

TJ – Rio Grande do Sul – Al. 194133799 – Relator: Alcindo Gomes Bittencourt – Ementa: Agravo de Instrumento. A lei nº 8.009/90, em seu artigo 3º, inc. VII, permite a penhora do imóvel residencial do fiador, mas o inquilino, frente ao locador, tem seu imóvel residencial excluído de qualquer execução por dívida, na forma do art., 1º, do mesmo texto legal. Recurso Improvido [...]

Ao final esta jurista conclui que as jurisprudências a favor da penhora do bem de família do fiador pecaram por trazer fundamentação apenas na letra fria e isolada da norma (art. 3º, inciso VII, Lei 8.009/90). Após, a ilustre escritora colaciona jurisprudência, em sentido contrário, afirmando que nestas decisões os julgadores se utilizaram de um critério hermenêutico mais elaborado do que a simples aplicação da letra fria da lei, são eles:

TJ – DISTRITO FEDERAL - Processual Civil – Civil – Constitucional – Ação De Execução – Penhora – Fiador – Desconstituição Da Construção Judicial Dos Bens – Impenhorabilidade Do Bem De Família – Exceção prevista no art. 3º, VII, da lei nº 8.009/90, acrescido pelo art.82 da lei nº 8.245/91 – Norma não recepcionada pela emenda constitucional nº 26/2000 – Elevação da moradia como direito social – Agravo improvido – Maioria. A nova ordem constitucional, emanada pela emenda nº 26/2000, merece a

reflexão (...). Brasília. 4ª T. CÍVEL. AI. 2000.00.2.003053-2-DF – rel. des.Lecir Manoel da Luz. J. 13.11.2000.

TJ – RIO GRANDE DO SUL – EMBARGOS À EXECUÇÃO. LOCAÇÃO. Impenhorabilidade do único bem imóvel dos fiadores. Exegese do art. 6º da constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, que dispõe sobre os direitos sociais. APELAÇÃO PROVIDA. Voto vencido (Apelação Cível nº 70003296738, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Augusto Monte Lopes, julgado em 19/12/2001). Dispõe em seu voto o relator: “Por fim, registra-se que a declaração de impenhorabilidade do único imóvel do fiador não significa simplesmente isentá-lo do compromisso assumido perante o credor do afiançado, cujo débito poderá ser satisfeito de outras formas.

Porém, o Pleno do Supremo Tribunal Federal já analisou detidamente a matéria, confrontando todos os direitos envolvidos, concluindo que nestes casos o direito à moradia sucumbe frente ao direito à liberdade de contratar, igualmente constitucional, além do estímulo à oferta de imóveis para fins de locação habitacional, o que reforça o direito social à moradia.

Desde então, os Tribunais Pátrios passaram a adotar o precedente do RE 407.688/SP, não mais indagando a respeito da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.¹⁶⁰ Cite-se como exemplo o julgado abaixo:

“Portanto, tendo a obrigação origem em fiança para garantia de contrato de locação de imóvel, não há óbice à constrição de bem de família, a teor do art. 82 da Lei do Inquilinato, que modificou o art. 3º da Lei 8.009/90, sem nenhuma contrariedade ao disposto nos arts. 5º e 6º da Constituição Federal que, por força da redação dada pela EC nº 26/2000, incluiu a moradia dentre os direitos sociais ali especificados. Os denominados direitos sociais situam-se na categoria dos direitos a prestações, subordinados à atuação mediadora dos órgãos estatais. Conforme assinala José Afonso da Silva, os direitos sociais ‘...são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais’ (Comentário Contextual à Constituição, ed. Malheiros, 2005, p. 183). Desse modo, reclamam tais direitos uma atuação estatal positiva, voltada a implementá-los mediante políticas públicas variadas, como, p. ex., no caso do direito à moradia, a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento, bem como iniciativas legislativas, tendentes todas, em síntese, a propiciar condições de habitabilidade para todos. O Supremo Tribunal Federal, sensível a estas ponderações, culminou por decidir através de votação unânime de seu Pleno, ao julgar o RE 407.688/SP, Rel. o eminente Min. Cezar

¹⁶⁰ MESQUITA, 2013, p. 127.

Peluso, que o disposto no art. 3º, inc. VII, da Lei 8.009/90 não ofende o art. 6º da Constituição da República, sendo com ela compatível”¹⁶¹.

Inclusive, a decisão acima foi tomada em sede de repercussão geral, conforme decisão da ex. Ministra Ellen Gracie, proferida em Recurso Extraordinário n. 612.360, julgado em 02 de setembro de 2010.¹⁶²

Tal questão, aliás, já se encontra pacificada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça desde o julgamento do Recurso Especial nº 1.363.368-MS, que se deu pela sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). Na ocasião, aquele colegiado decidiu, por unanimidade, que “é legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990”¹⁶³

¹⁶¹ Apelação nº 1009526-34.2015.8.26.0006, 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator(a): Andrade Neto, Data do julgamento: 05/07/2017, Data de publicação: 07/07/2017.

¹⁶² STF, RE 612.360 RG, Relatora Min. Ellen Gracie. Julgado em 13/08/2010.

¹⁶³ STJ, REsp n. 1.363.368-MS, 2ª Seção, rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 12.11.2014, DJe 21.11.2014

CONCLUSÃO

O Neoconstitucionalismo colocou a Constituição no centro do sistema jurídico. Destarte, a constitucionalização do Direito Civil é uma das características do direito contemporâneo.

Portanto, resta consagrada a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas a fim de resguardar os valores supremos de uma sociedade. Esses valores têm como pedra angular o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual irradia sobre todo o ordenamento jurídico.

A Lei 8.009/90 veio justamente nesse sentido de tutelar a pessoa humana sem, contudo, deixar de considerar exceções que objetivam trazer justiça e equilíbrio ao sistema. E, por este motivo, que a mencionada lei previu exceções visando resguardar outros diversos direitos igualmente provenientes do princípio da dignidade da pessoa humana.

É notório que, primordialmente, a Lei 8.009/90 teve como intenção proteger o direito à moradia da entidade familiar. Porém, também é evidente que esta lei objetivou prestigiar outros direitos de igual envergadura por meio das exceções elencadas em seu artigo, tais como o direito à solidariedade e o direito social à alimentação (inciso III); o interesse público (inciso IV), entre outros.

Porém, dentre essas exceções a que mais repercutiu no mundo jurídico foi a opção legislativa em excetuar da impenhorabilidade o bem de família fornecido em garantia pelo fiador no contrato de locação (artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90). Vale observar que esta celeuma ganhou força com o advento da EC n. 06/2000, a qual elevou o direito à moradia ao *status* constitucional.

A posição contrária à penhorabilidade do bem de família do fiador enuncia que o inciso VII não foi recepcionado pela EC n. 06/2000, bem como ponderam que o direito do crédito deve sucumbir frente ao direito à moradia.

Todavia, o direito à moradia não é absoluto e deve ser ponderado diante do direito à liberdade, ou seja, do direito à livre contratação. E não é só isso. Respeitando o pactuado entre as partes estar-se-á preservando os princípios da boa-fé, da autonomia privada, função social dos contratos, entre outros.

Outro aspecto que não pode ser descuidado foi o propósito de fomentar o mercado imobiliário ao trazer certa segurança ao contrato de locação ao ponto de promover o próprio direito à moradia.

Portanto, acertadamente os Tribunais Superiores julgaram constitucional o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 ao prever a penhora do bem de família do fiador de locação.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador**. In. TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). A penhora e o bem de família do fiador de locação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família com Comentários à Lei 8.009/90**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. v1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

Boletim da AASP 1.833, de 9 a 15.2.1994, p. 6 (1º TACSP, 8ª Câmara, j. 14.10.1992, v.u., Ag 520.270 – Catanduva, Rel. Juiz Toledo Silva, Boletim 37. Disponível em <https://www.aasp.org.br/educacional/boletim/> Acesso em 11 set 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 945.283/RN. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de setembro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 set. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700791294&dt_publicacao=28/09/2009>. Acesso em: 16 ago 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 179768/PR. Brasília, 28 de junho de 1996. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28179768%2E%2E+OU+179768%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j68qobp>>. Acesso em: 10 set. 2017.

CALLAGE, Carlos. **Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990** (impenhorabilidade do imóvel residencial). São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 662, p. 23-24, dez. /1990. Consulte e cite este autor.

CAMERAN, Cláudio. **Impenhorabilidade do único imóvel residencial familiar urbano**. Disponível em https://claudiocameran.jusbrasil.com.br/artigos/472810614/impenhorabilidade-do-unico-imovel-residencial-familiar-urbano?ref=topic_feed Acesso em 15 set 2017.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito Humano Fundamental à Moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COOTER, Robert; et al. **Law & economics**. 5 ed. Boston: Addison-Wesley, 2008

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: Jus Podvm, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, v. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, v. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo Regimental n. 120140020315485. Relator: Des. Jair Soares. Brasília, 11 de fevereiro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 fev. 2015.

DISTRITO FEDERAL E TOCANTINS. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Apelação n. 00714-2006-020-10-85-4. Relator: Des. André R. P. V. Damasceno. Brasília, 06 de outubro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico** 16.10.2009.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 6. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.

FIORANELI, Ademar. **Bem de família no novo código civil e o registro de imóveis**. Disponível em <http://www.irib.org.br/obras/bem-de-familia-no-novo-codigo-civil-e-o-registro-de-imoveis> Acesso em 18 de set de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUILHERME, Luiz Fernando do V. de A. **Função Social do Contrato e Contrato Social: análise da crise econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KUMPEL, Vitor Frederico. **Direito dos Contratos**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Paulo R. **Relações de Família e direitos fundamentais**. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v2.mar. /abr.p.9-22.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A quebra positiva do contrato**. V 44. Porto Alegre; Revista Ajuris: 2014.

MESQUITA, Renata Paccola. **Penhora do Bem de Família do fiador e colisão dos direitos Fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro**. Revista dos Tribunais, v. 864. São Paulo: RT, dezembro/2005, pp. 11-44.

OLIVEIRA, Fernando José Vianna. A Efetivação do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25395>>. Acesso em: 02 set. 2017.

PEREIRA, Cario Mario da S. **Instituições do Direito Civil**; contratos, declarações unilaterais de vontade; responsabilidade civil. V3. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70.021.060.728. Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Porto Alegre, 17 de abril de 2008. **Diário da Justiça**, 09 maio 2008, p. 345. A jurisprudência também deve ser inserida nas referências. Com base neste, cite os demais julgados

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil v3: dos contratos e declarações unilaterais da vontade**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0055591-93.2013.8.26.0000. Relatora: Zélia Maria Antunes Alves. São Paulo, data do julgamento 28 abr 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 maio 2014, p. 1.178.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Apelação n. 00189-2009-044-02-00-0. Relator: Des. Vania Paranhos. São Paulo, 20 de agosto de 2009. pub. São Paulo 04 set.2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 04 set 2017.

SARTI, Amir José Finocchiaro. **A Constitucionalização do Direito Civil**. In: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária. Porto Alegre, RS, v. 51, n. 312, p. 33, out. 2003.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. **A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7591/a-inconstitucionalidade-da-previsao-do-art-3-vii-da-lei-n-8-009-90> Acesso em 15 set 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SHAVELL, Steven; KAPLOV, Louis. **Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income**. Journal of Legal Studies, v. 23. Chicago: Chicago University Press, 1994.

PAGE. Henri de. **Traité élémentaire de droit civil belge**. 2 ed., t. II, n. 462. Bruxelas: Bruylant, 1948

PELUSO, Cesar (Coord.). **Código Civil Comentado**: Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2015.

PÉREZ, González. **La dignidade de la persona**. 1º ed. Madrid: Editora Civitas. 1986.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 3**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VASCONCELOS, Rita. **Impenhorabilidade do bem de Família**: Destinatários e? Proteção Legal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Lei do Inquilinato comentada**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Hipóteses peculiares de aplicação da Lei 8.009/1990. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, v. 2**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1995.

WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism**. New York: Free Press, 1985.