



A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CASOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL À LUZ DO MAIS RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Juliana Barcellos da Cunha e Menezes¹
Cláudia Franco Corrêa²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a discussão da impenhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação, o fundamento para rediscussão do tema foi a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 605.709, na qual averigou-se uma mudança de entendimento em relação à aplicação do bem de família aos fiadores de contrato de locação comercial. Assim, discutir-se-á os possíveis impactos do julgado sob diversas óticas, que perpassam pelo direito material envolvido e também pelo aspecto processual. Metodologicamente optou-se pela análise de discursos doutrinários, acrescida da análise jurisprudencial da decisão do STF.

Palavras-chave: Bem de Família, Fiança, Direito a Moradia, Locação, Livre Iniciativa

THE IMPENETRABILITY OF THE GUARANTOR'S FAMILY WELFARE IN LEASE AGREEMENTS IN RECENT UNDERSTANDING OF BRASILIAN SUPREME COURT

ABSTRACT

This article has the purpose to discuss the family welfare impenetrability of the guarantor in lease agreements, which was decided in Brazilian Supreme Court known as Recurso Extraordinário nº 605.709 judgment. In this case the understanding about the theme has changed and the Court understood that guarantor can protect their home in order to loose it to pay the renter's debt. Thereby, the discussion of this article is the possible impacts of the judgment from various points of view, which pervade the material and the procedural aspects. Methodologically opted for the analysis of doctrinal discourses, plus the jurisprudential analysis.

Key words: Family Welfare, Guarantee, Right to Housing, House Rental, Lease Agreements, Free enterprise

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestre em Direito Pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e-mail: julianabarcellos@globocom

² Pós doutora em Antropologia Urbana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF), Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Professora do Programa de Pós Graduação da Universidade Veiga e Almeida (PPGD/UVA). E-mail: claudiafrancocorreia2@gmail.com



O presente artigo fora elaborado com o objetivo de trazer a luz a recente interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal em inédita decisão que estendeu ao fiador em contratos de locação comercial a proteção dada por lei ao bem de família do devedor, utilizando para isso uma também inesperada diferenciação entre os contratos de fiança em locação comercial e residencial.

A decisão que fundamentou as discussões trazidas no presente *paper* data de Junho de 2018 e mesmo recente, subverteu por completo a lógica anteriormente aplicada no mercado imobiliário. Em que pese o pouco tempo decorrido desde a publicação do julgado, já é possível perceber relevantes questionamentos de natureza material, processual e mercadológica acerca do tema.

Metodologicamente, para melhor dialogar com a matéria, será apresentada uma visão doutrinária acerca da garantia do bem de família, desde sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, através da lei nº 8.009/90, expondo alguns de seus fundamentos constitucionais, de maneira especial como se deu a evolução do tema dentro da hermenêutica constitucional, após a inclusão, anos mais tarde, do Direito de Moradia no texto constitucional, enquanto direito social.

Posteriormente, apresentar-se-á a decisão paradigma que motivou este trabalho, discutindo seus principais fundamentos, que envolvem dentre outras questões, um antigo debate acerca de uma possível hierarquia entre as normas constitucionais, que privilegiaria os direitos fundamentais.

Nesse sentido, serão também abordados nesse trabalho os possíveis impactos no direito material e processual envolvido, este segundo tomando por base a questão dos efeitos da decisão no tempo e a provável influência do novo entendimento nos processos ainda em curso.

Em última análise demonstrar-se-á como se deu essa mudança de entendimento dentro da suprema corte, contrapondo análise do julgamento do Recurso Extraordinário nº 612360, ao qual foi concedido repercussão geral, e entendeu pela possibilidade de penhora do bem de família nos casos de fiança locatícia e da recente decisão do órgão que subverteu ao menos em parte este antigo entendimento.

Em conclusão, ainda que preliminarmente, serão sintetizados quais os possíveis impactos que esta recente mudança de entendimento trará não apenas ao mercado imobiliário, mas ao direito civil brasileiro como um todo.



2. A CONCEPÇÃO DE “BEM DE FAMÍLIA” NO DIREITO BRASILEIRO E SUA PROTEÇÃO LEGAL.

Com a edição da lei nº 8.009 de 1990, o legislador inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a proteção ao chamado bem de família do devedor e, com isso, tornou desde então, impenhorável o imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, deixando este de responder por dívidas de qualquer natureza.

Tal proteção, em que pese prevista em legislação específica, encontra fundamento lógico no princípio da dignidade da pessoa humana, tido no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil, *in verbis*.

Art. 1 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

Assim, o bem de família nada mais é do que um imóvel que pode ser urbano ou rural, destinado à moradia da família, não importando o tipo de família nem como se constitui, bem como os móveis que o guarnecem. A criação deste independe de maiores formalidades basta que a família resida em imóvel próprio ou ainda se residir em imóvel alheio, caso detenha a propriedade dos bens que o guarnecem, estes também serão considerados bens de família. (AZEVEDO: 2010)

Resta ainda esclarecer, para que se possa melhor compreender a definição dada ao instituto, a concepção de família para o direito brasileiro a qual, pontua-se, não mais se restringe ao disposto no Art. 226 § 3 da Constituição Federal onde lê-se “ Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Atualmente a jurisprudência dos tribunais superiores já esta consolidada no sentido de reconhecer dentro da concepção de família as mais diversas formações sejam elas, monoparentais, anaparentais, unipessoais, reconstituídas, formadas através de relações homoafetivas e tantas outras.



Adotando este entendimento, o STJ editou Súmula 364 que estende o conceito de impenhorabilidade de bem de família também ao imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

Mas não foi apenas a evolução na construção jurisprudencial de um conceito mais plural de família alterou a compreensão do instituto do bem de família, em decorrência da Emenda 26/00³ o Direito a Moradia foi incluído no rol dos direitos sociais trazidos pelo Art. 6 da Constituição Federal, o instituto do bem de família passou a fundamentar-se também neste, à medida que, a partir da promulgação da Constituição, ficou imputado ao poder público o dever de atuar na promoção de uma moradia digna a todos os cidadãos, como bem ensina Gilson Luís Inácio

Consagrada assim como direito social, a moradia deve ser implementada progressivamente pelo Poder Público, ao qual incumbe a adoção de posturas que efetivamente concretizem o referido direito, realizando, assim, além da justiça social, a justiça geral, em face dos deveres das pessoas em relação à sociedade, corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade em benefício dos interesses comunitários (INÁCIO, 2002: 45).

Marcos Vinicius Furtado acresce a isto o fato de o poder publico obrigar-se também negativamente, no sentido de não promover intervenções indevidas na moradia, vejamos.

Em que pese a moradia já fosse reconhecida enquanto direito fundamental nos tratados internacionais, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sua inclusão na ordem constitucional brasileira veio somente com a promulgação da Emenda 26/00. A alteração feita na redação do artigo 6º da Lei Fundamental acrescentou a moradia ao rol dos direitos a serem assegurados pelo Estado aos trabalhadores. Na condição de direito fundamental, deverá ser objeto de prestações tanto negativas quanto positivas do Estado. De um lado, o poder público abstém-se de promover intervenções indevidas ou de adotar medidas legais restritivas sobre o direito à moradia e, por outro, incumbe-se de prover os meios materiais e jurídicos necessários ao seu efetivo exercício.

Claudia Franco Corrêa quanto trata da proteção à moradia sob a égide do direito a cidade, posiciona-se no sentido de que a regularização fundiária é imposição constitucional e

³ A emenda constitucional nº 26 foi publicada em 14 de fevereiro de 2000 e alterou o art. 6º da Constituição Federal que passou a ter a seguinte redação." Art. 6o São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."



deve dar-se de modo a observar a função social das cidades e a função social da propriedade. (CORRÊA: 2012)

Nesse sentido, há que ser observada também a concepção de função social da propriedade trazida pela constituição de 1988, mas que atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro também aparece na legislação infraconstitucional, como por exemplo, no artigo 1228 §§ 1 a 4 do Código Civil e no Artigo 4º do Estatuto da Cidade, e funciona como um limite ao direito de propriedade, antes tido como um direito absoluto, uma vez que vigorou o entendimento de que a propriedade é direito subjetivo, que deve cumprir uma função social, a propriedade passa a partir de 1988 ser vista como instrumento de apoio à consecução dos fins sociais, cuja essência é o seu serviço à coletividade (DERANI, 2002)

Por fim, para entender de maneira ampla o cenário no qual está inserida a garantia do bem de família, da qual trata esse trabalho, é preciso, sobretudo, recorrer ao princípio da unidade constitucional, que como bem nos ensina o professor Marcelo Novelino: “consiste numa especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e conflitos existentes entre as normas constitucionais.” Ou seja, cabe ao interprete extrair um sentido maior das normas constitucionais, desvendando o real objetivo a ser alcançado pelo legislador com cada dispositivo.

Miguel Reale afirma que a Constituição é "inseparável do complexo de circunstâncias e conjunturas sociais, econômicas, demográficas, em uma palavra, culturais, que condicionou a sua feitura, a começar pela atitude dos legisladores constituintes perante a realidade cuja organização e atividades tinham em vista determinar em seus elementos básicos” (REALE, 1993: p. 11).

Sob este viés, podemos dizer hoje que a lei que protege o bem de família do devedor encontra respaldo justamente nesta obrigação estatal, de através da garantia da moradia, promover a dignidade das pessoas, que continuam respondendo por suas dívidas com todo seu patrimônio, restando, no entanto, salvaguardada a moradia que lhe abriga.

3. DAS EXEÇÕES À GARANTIA DO BEM DE FAMÍLIA: O FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO.



Em que pese a lei 8.009/90 dispense relevante e ampla proteção ao imóvel residencial do devedor, existem exceções trazidas pelo próprio texto legal a esta proteção, estas dizem respeito às execuções movidas: Em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; Pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; Pelo credor de pensão alimentícia; Para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; para execução da hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; Por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória e ressarcimento, indenização ou perdimento de bens e, finalmente, por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Cabe, no entanto, pontuar que a exceção trazida em relação ao imóvel dos fiadores nos contratos de locação, não compunha o texto legal da norma na ocasião da sua entrada em vigor, tendo sido incorporada a referida lei somente um ano depois, com a edição da lei 8.245/91, que ficou conhecida como “Lei das Locações”.

A referida lei regula de maneira específica os contratos de locação de imóveis urbanos, definindo dentre outras coisas, os direitos e deveres do locador e do locatário, os tipos de locação, as causas de extinção do contrato e os procedimentos processuais a serem adotados, tendo sido editada com o objetivo de reestruturar o mercado locatício, que havia sofrido um forte impacto, dentre outros motivos, em decorrência da proteção dada ao bem de família.

Melhor explicando a questão, a proteção legal dada ao bem de família alterou substancialmente a prática mercadológica, à medida que “fragilizou” a principal modalidade de garantia locatícia utilizada, e a única que não envolve prejuízo pecuniário para o locatário. Acontece que uma vez protegido de eventuais execuções, o imóvel do fiador deixou de servir de garantia, o que acabou por obrigar o locador a exigir do fiador a propriedade de pelo menos dois imóveis, sendo um para sua moradia e outro para garantia do contrato locatício, o que enfraqueceu bastante esta modalidade de garantia.

Tal situação levou a inclusão do inciso VI no art. 3º da lei do bem de família, vedando expressamente o alcance desta no caso de imóveis pertencentes a fiadores em contratos de locação e, em que pesem eventuais questionamentos doutrinários, em sua maioria baseados na



supremacia da dignidade humana sobre o crédito pecuniário, o fato é que a jurisprudência vem posicionando-se quase de forma uníssona no sentido de aplicar a lei de maneira expressa e taxativa. De modo que não se observou ao longo dos anos a formação de uma jurisprudência consistente, no sentido de estender a garantia aos imóveis de propriedade dos fiadores.

De modo contrário, fora editada a Súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.”

4

4. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 605.709

Recentemente, no julgamento do RE 605.709 o Supremo Tribunal Federal surpreendeu a toda a comunidade jurídica que milita na área do Direito Imobiliário, a medida que subverteu entendimento que há anos vem sendo consolidado na jurisprudência pátria, e mais ainda, para isso estabeleceu diferenciação também inédita entre a fiança nas locações comerciais e residenciais. Explica-se: ao excluir o fiador da proteção concedida ao bem de família, o legislador não fez qualquer menção à natureza da locação, o que até poucos meses levou toda a jurisprudência a considerar que a vedação dirigia-se a locação em geral.

Tal entendimento perfazia-se tão claro que a já citada súmula 549 do STF, que resultou justamente do julgamento realizado pelo órgão quanto à constitucionalidade da penhora do único imóvel do fiador, frente à garantia constitucional da isonomia entre os devedores e também com relação ao princípio da dignidade humana, não mencionou qualquer diferença quanto à natureza da locação.

Entretanto, o julgado em análise pioneiramente optou pela diferenciação, enquanto fundamento base desta mudança de entendimento, de modo que, ao entender por maioria de votos que a impenhorabilidade deve ser aplicada para os fiadores de contratos comerciais de locação, a primeira turma da suprema corte, em recurso de relatoria do Ministro Dias Tofolli, passou a confrontar o direito à moradia e a livre iniciativa, previsto no Art. 1º da Constituição Federal como fundamento da república, vejamos.

⁴ O julgamento que deu origem a mencionada súmula foi do REsp 1.363.368.



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**; V - o pluralismo político (Grifo nosso).

Para Andressa Semeghini Pereira e Adaneele Garcia Carneiro, o referido dispositivo pode ser compreendido “em conformidade com o direito à liberdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, na medida em que permite ao empresário ingressar no mercado para exercer atividade econômica, considerando ainda a permanência do mesmo” (PEREIRA; CARNEIRO, 2015).

Assim, em decisão histórica, o princípio da livre iniciativa, presente no ordenamento jurídico desde 1776, tendo estado nas Constituições de 1924, 1891, 1934, 1946 e na Constituição Federal de 1988 (CERVO, 2014) fora “destronado” pelo recém nato direito à moradia, incluso no texto constitucional já nos anos 2000.

De maneira mais específica, o caso em tela tratou da arrematação de uma casa— localizada em Campo Belo (SP) — em leilão ocorrido no ano de 2002. O recorrente sustentou o imóvel seria impenhorável por ser sua única propriedade, sendo ele o responsável pelo sustento da família tendo sustentado juridicamente o pedido na proteção do direito fundamental e social à moradia.

O referido julgamento teve início no ano de 2014, tendo o relator decidido pela possibilidade de penhora do bem, porém após o pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso, o feito somente voltou a pauta em 12 de junho de 2018, ocasião em que o Barroso acompanhou o voto do relator por entender, justamente, que a suprema corte já tinha entendimento consolidado sobre o tema.

No entanto, a Ministra Rosa Weber abriu divergência e foi acompanhada pelos ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, de modo que, por maioria de votos, a turma reconheceu a impenhorabilidade do bem, tendo sido determinado o levantamento da penhora já ocorrida.

4.1.OS EFEITOS *EX NUNC* DA DECISÃO E OS PROCESSOS EM CURSO.



Apesar do grande impacto do julgado no direito material envolvido, é importante demonstrar que a decisão repercutiu também na esfera processual, levantando questões que envolvem fundamentalmente os efeitos da decisão no tempo.

A questão que se coloca não diz respeito à modulação de efeitos, embora seja uma possibilidade, não aconteceu no presente julgado, porém, há que se considerar um aspecto muito relevante: o entendimento de que o bem de família pode ser alegado a qualquer tempo, inclusive em fase de execução, por tratar-se de matéria de ordem pública, conforme já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Nº 981.532-RJ (2007/0198107-0), de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, com a seguinte ementa:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ALCANCE. ORIGEM DA DÍVIDA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO A QUALQUER TEMPO. DIFERENÇA EM RELAÇÃO ÀS HIPÓTESES EM QUE A QUESTÃO FOI DECIDIDA E OPERA-SE A PRECLUSÃO. ENQUADRAMENTO DO IMÓVEL PENHORADO NA PROTEÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 8.009/90. ÔNUS DA PROVA. IRRELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO NO CASO CONCRETO. 1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o Eg. Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Também não houve ofensa ao art. 458 do CPC, tendo em vista que o acórdão recorrido adotou fundamentação suficiente e consentânea com a conclusão apresentada. 2. O que traça os limites cognitivos dos embargos infringentes, nos termos do art. 530 do Código de Processo Civil, é a divergência estabelecida pelo voto vencido. Por isso as razões dos embargos devem limitar-se à divergência, visando à prevalência desta. 3. Os acórdãos proferidos em grau de apelação e de embargos infringentes reconheceram a inexistência de provas quanto à alegação de ser a dívida advinda de contrato de fiança locatícia. Incidência das Súmulas 5 e 7. 4. É possível a arguição de impenhorabilidade do bem de família em sede de apelação contra sentença proferida em embargos à execução. Cumpre fazer uma distinção entre as hipóteses em que a questão já foi alegada e decidida no processo, daquelas em que a alegação advém tardiamente, depois de apresentada a defesa de mérito do devedor. Quando não há alegação, tampouco decisão anterior, a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, dela podendo conhecer o juízo a qualquer momento, antes da arrematação do imóvel. Por outro lado, a ausência de alegação oportuna, a depender do caso concreto, quando comprovada a má-fé, resolve-se na redistribuição dos ônus sucumbenciais, nos termos do que dispõe o art. 22 do Código de Processo Civil. Precedentes. 5. As regras de distribuição do ônus da prova delineadas no art. 333 do Código de Processo Civil, como observa Barbosa Moreira, revelam-se como "sucedâneo da prova faltante". Assim, somente há necessidade de a solução do litígio se apoiar no ônus da



prova quando não houver provas dos fatos ou quando essas se mostrarem insuficientes a que o julgador externe - com segurança - a solução que se lhe afigure a mais acertada. Com efeito, tendo o acórdão recorrido se apoiado nas provas antes produzidas nos autos, no que concerne à impenhorabilidade do imóvel do devedor, o recurso encontra óbice na Súmula n. 7/STJ, a par de se mostrar irrelevante a indagação acerca do ônus probatório. 6. Recurso parcialmente conhecido e não provido⁵. (grifo próprio)

Deste modo, o que se observa é que, embora a mudança de entendimento tenha, em regra, efeitos *ex nunc* na prática será possível aos operadores do direito, fazerem uso desta em processos onde já houve sentença transitada em julgado.

Melhor ilustrando a hipótese narrada, é possível que alguém que tenha prestado fiança em locação comercial, desde que proprietário de um único imóvel, esteja respondendo um processo de execução na qualidade de fiador do contrato, podendo inclusive já ter havido penhora e/ou adjudicação do bem, requeira com base neste novo entendimento do Supremo Tribunal Federal a proteção legal dada ao bem de família.

Deste modo, em razão da possibilidade de se fazer a qualquer tempo esta alegação, o que se observaria na prática é uma decisão do STF sendo aplicada pelos tribunais inferiores com efeito *ex tunc*, alcançando processos com decisão de mérito já transitada em julgado, sem, no entanto, que tenha havido pela suprema corte a modulação dos efeitos da decisão.

4.2.A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

A discussão aqui proposta dentre outras, remonta a uma antiga questão relativa ao direito constitucional, pois ao privilegiar o Direito a Moradia frente a Livre Iniciativa sendo, ambas garantias previstas no texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal contradiz antigo entendimento adotado por esta corte que, até então, não admitia a existência de qualquer hierarquia entre os preceitos constitucionais.

Tal posicionamento rechaçava a teoria defendida por Otto Bachof em sua famosa obra “Normas constitucionais inconstitucionais?” onde sustenta que por meio de uma interpretação

5 Disponível em: <http://codigodeprocessocivil.com.br/noticia.php?id=6757/stj-art-473-do-cpc-a-preclusao-nao-atinge-impenhorabilidade-de-bem-de-familia-alegada-em-sede-de-recurso-de-apelacao>. Acesso em 05 de setembro de 2018.





sistêmica, é possível encontrar normas constitucionais cujo texto extraído esteja em colisão com os valores advindos da própria constituição, tornando-a desde modo inconstitucional.

Tal posicionamento já fora levantado por alguns autores do direito brasileiro, por exemplo, com relação à vedação constitucional a usucapião dos bens públicos ditos dominiais⁶, sob o argumento de que tal restrição implicaria em violação dos valores constitucionais, especificamente em relação à função social da propriedade.

Sob este exato argumento o Tribunal de Justiça de Minas Gerais no ano de 2012, reconheceu a usucapião coletiva de uma área localizada à margem de uma rodovia, pertencente ao Departamento de Estradas e Rodagens-DER em favor de 120 (cento e vinte) possuidores, em sua maioria famílias de ex-funcionários do órgão, que lá residiam há cerca de 30 (trinta) anos⁷.

Entretanto, o que se faz importante pontuar neste estudo é o fato de que ao fundamentar o novo entendimento no direito constitucional à moradia, a suprema corte não apenas afetou o mercado imobiliário em sua principal garantia, mas ressuscitou a discussão acerca da possível existência dentro do próprio texto constitucional de normas de caráter supralegal.

4.3. AS CRÍTICAS À DECISÃO E O POSSÍVEL IMPACTO DESTA NO MERCADO IMOBILIÁRIO.

Embora recente, a publicidade da decisão movimentou o mercado imobiliário brasileiro, que vem se recuperando paulatinamente de uma grave crise que atravessou nos últimos anos.

Muito tem se comentado, e nota-se uma preocupação com um novo impacto disso na utilização da fiança enquanto principal forma de garantia locatícia, fundamentalmente na possibilidade de “extensão” do entendimento para as locações residenciais haja vista a ausência de distinção entre ambas no texto legal.

A pouco, o Jornal Estadão, publicou uma matéria tratando da referida decisão como motivo de insegurança jurídica na qual lê-se

Embora o processo debatido no STF trate de um contrato de locação comercial, especialistas apontam que a lei, para fins de garantia, não faz distinção entre os dois tipos de contratos. Por isso a decisão implica

⁶ Os bens dominicais ou do Patrimônio Disponível são aqueles que, apesar de constituírem o patrimônio público, não possuem uma destinação pública determinada ou um fim administrativo específico (por exemplo, prédios públicos desativados).

⁷ A referida decisão foi proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação cível nº 1.0194.10.011238-3/001 da Comarca de Coronel Fabriciano/MG.



insegurança jurídica, que pode ter como consequência mais custos e barreiras para os locatários.(O ESTADO DE SÃO PAULO: 25 DE JUNHO DE 2018).

Embora se compreenda a preocupação, do ponto de vista jurídico a possibilidade ventilada parece pouco factível, principalmente em razão dos fundamentos adotados para na decisão em comento. Embora a lei efetivamente não diferencia os dois tipos de contratação, o julgado utilizou-se desta distinção para razoar o precedente, de modo que o direito de moradia deva prevalecer frete a livre iniciativa, própria dos contratos de locação comercial.

Não se demonstra, contudo razoável imaginar que possa haver em alguma medida de transferência dos fundamentos adotados na decisão para os contratos de locação residencial, onde tal raciocínio não encontra cabimento.

Assim, o que se observa atualmente com relação ao tema é uma “complementação” jurisprudencial ao texto da norma o através da qual ficou instituída a garantia do bem de família no Brasil de modo que o inciso VII do artigo terceiro passa então a vigorar com a seguinte redação: Art. 3º 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 residencial.

5. OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA.

Possivelmente, o que mais chamou atenção da comunidade jurídica como um todo, não foi propriamente o conteúdo da decisão que reconheceu a garantia do bem de família ao fiador comercial, com base no direito fundamental a moradia, inclusive porque esse movimento de ampliação da aplicação dos direitos sociais vem sendo registrado como um fator de evolução do direito pátrio e representa um norte democrático, em cuja direção os ventos do estado de direito costumam soprar.

No entanto, neste caso específico não se acreditava em uma releitura da questão a luz da constituição pelo Supremo, haja vista a existência de mais de um precedente desta corte, onde se discutiu exaustivamente o tema.

Acontece que, em 2006 o plenário do supremo tribunal federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso, afirmou ser legítima a



penhora do bem de família do fiador em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII da lei 8.009/90 e o direito à moradia, consagrado no artigo 6º da Constituição.

Em 2010 o pleno do Supremo Tribunal Federal se deparou novamente com o tema, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 612360 de São Paulo, desta vez sob a relatoria da ministra Ellen Gracie, e decidiu novamente pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, com base nos precedentes daquele tribunal, tendo sido concedida à decisão repercussão geral, por maioria de votos, o que pacificou, ao menos aparentemente, a questão.

Pontua-se que durante o lapso temporal decorrido entre os dois citados julgamentos do plenário, foram proferidas mais de cinco outras decisões pela primeira e pela segunda turma do STF, sob diversas relatorias, todas no mesmo sentido, reconhecendo a penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação.

A motivação central de todas as decisões que reconheceram a legalidade da penhora baseou-se no fato de que a proteção ao bem enfraqueceria a fiança como forma de garantia locatícia, o que prejudicaria o mercado e obrigaria os inquilinos a recorrerem a garantias mais onerosas, o que os prejudicaria o acesso à moradia de milhares de pessoas, ferindo assim de modo muito mais grave o direito a moradia, como descreve o Ministro Ayres Britto em seu vencido voto.

O Supremo Tribunal Federal assentou que a impenhorabilidade do bem de família do fiador “romperia o equilíbrio do mercado, despertando a exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional a moradia” Em palavras outras: Na dicção da maioria dos ministros deste STF, a penhora decorrente da fiança em contratos de locação termina por proteger o próprio direito a moradia. (BRITO: 2010)

Também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial repetitivo nº 1363368 manteve o entendimento consolidado ao longo dos anos deu-se no sentido da legalidade da penhora do bem do fiador, em 2014, sob a relatoria do ministro Luís Felipe Salomão o qual teve a seguinte ementa.

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO. LEI N. 8.009/1990. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE DO IMÓVEL.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: "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".



2. No caso concreto, recurso especial provido.

Após tantas decisões adotando o mesmo posicionamento, não demonstrava-se factível um desfecho diferente para o Recurso Extraordinário que vem sendo objeto de análise neste estudo, entretanto, a primeira turma do STF por maioria de votos, optou por rediscutir a matéria, desta vez sobre fundamento diverso.

Ainda que o pedido do recorrente estivesse fundamentado na garantia constitucional a moradia, o que possibilitou a mudança de entendimento foi o fato de tratar-se de um contrato de locação comercial, o que trouxe para o âmbito decisório um outro direito constitucional a ser avaliado: A Livre Iniciativa.

Ou seja, houve uma ruptura com o antigo raciocínio aplicado pelos tribunais superiores de que a proteção do bem de família do fiador poderia acarretar em uma afronta ao direito de moradia coletivo, por enfraquecer a principal garantia locatícia utilizadas nas contratações de locação residencial.

No caso em questão, por tratar especificamente de um tipo locatício não residencial, o paralelo antes estabelecido entre o contrato de fiança e o direito de moradia deixou de existir, o que promoveu um novo embate de direitos constitucionais e, desta vez, considerou-se que a proteção da moradia deve transpor-se a livre iniciativa, pela sua natureza de direito fundamental.

6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho permitiu algumas conclusões, entretanto cabe mencionar que todas ainda bastante preliminares em razão do curto lapso temporal compreendido entre a decisão que alteraram o antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a temática do bem de família do fiador, e a confecção deste *paper*.

Ainda assim, parece demonstrado que o direito brasileiro vem, a cada dia, caminhando no sentido da promoção, seja através da positivação de normas, seja por meio de entendimentos jurisprudenciais, no sentido de reconhecer importância da consolidação dos direitos sociais de caráter fundamental.

Nesse sentido, a valorização do Direito à moradia enquanto dever do estado, que se manifesta ora positivamente por meio de políticas públicas e da edição de normas voltadas à promoção da moradia, ora de maneira negativa, abstendo-se de intervir quando de sua atuação restar prejudicado o exercício deste direito, tem ocasionado relativizações de antigos



entendimentos dos tribunais superiores, como aconteceu, por exemplo, no caso da proteção legal ao bem de família do fiador nos contratos locatícios.

Embora a promoção dos direitos sociais seja valor constitucionalmente idealizado cuja promoção enriqueça o estado democrático de direito; como acontece com toda alteração de entendimento seja por via legislativa ou através de promoções do poder judiciário, esta alteração produzirá efeitos que reverberam para além do universo jurídico.

O que foi almejado através desse artigo foi a previsão de alguns dos efeitos mais relevantes advindos da aplicação da proteção do bem de família aos imóveis pertencentes aos fiadores de contratos locatícios comerciais.

Desta forma, o que de mais importante podemos concluir é que decisão analisada neste trabalho inaugura não apenas um, mas vários precedentes e servirá de fundamentação legal para uma série de novas questões que envolvem o sopesamento de normas constitucionais, por meio de uma análise hierárquica entre as mesmas.

Quanto aos efeitos desta decisão no tempo, e a possibilidade de que esta altere substancialmente o rumo das execuções em curso, em razão da possibilidade de alegação da proteção ao bem de família a qualquer tempo por ser esta, matéria de ordem pública, acredita-se que esta é bastante provável que ocorra e, caso aconteça, certamente agravará o impacto da decisão sobre o mercado imobiliário, entretanto, enxergamos isto como um efeito não propriamente desejado, porém inevitável.

Por fim, conclui-se que no momento no qual, tomando por base essa nova ponderação de direitos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal optou por introduzir no nosso ordenamento jurídico um tratamento diferente para cada um dos tipos locatícios, inaugurou também um novo tipo contratual que ainda está pendente de regulamentação e cujas diretrizes serão estabelecidas pela prática mercadológica.

A partir desse novo entendimento, por certo as locações comerciais sofrerão uma reformulação no tocante a garantia locatícia, possivelmente diferentes exigências serão instituídas a fim de que a nova proteção não prejudique a segurança das contratações comerciais.

Porém, por todo o exposto, embora se deva reconhecer o forte impacto da decisão no mercado locatício, consideramos que esta problemática está absolutamente restrita aos contratos comerciais, de modo que o observado receio de que este entendimento estenda-se as



locações residenciais não parece encontrar fundamentação jurídica, uma vez que, conforme demonstrado, existe vasta e consistente jurisprudência dos tribunais superiores em relação ao tema, os quais não foram alterados pela nova decisão, que fundamentou-se em distinta ponderação de direitos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei Nº. 8009**, de 29 de Março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8245**, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm> Acessado em: 01/05/2014.

BACHOF, Otto. “**Normas Constitucionales inconstitucionales?**” Trad. Leonardo Álvarez Álvarez. Lima: Palestra Editores, 2010

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CERVO, **Fernando Antonio Sacchetim**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,anotacoes-a-intervencao-do-estado-no-dominio-economico,50545.html> Publicado em: 07/nov/2014. Acesso em 02/junho/2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, 3: Contratos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Marcos Vinícius Furtado. **A relativização da proteção do bem de família do fiador**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-02/constituicao-relativizacao-protacao-bem-familia-fiador>. Acesso 15 de agosto de 2018.

CORRÊA, Cláudia Franco. **Controvérsias entre o “direito de moradia” em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro: “O direito de Laje” em questão**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

DERANI, Cristiane. **A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 27, jul.-set. 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora *Juspoduim*, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito de Família**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.



INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação**. Curitiba: Juruá, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Walter Stöner. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3ª ed. p.77. JORNAL ESTADÃO. São Paulo: **Caderno de Economia e Negócios**, 25 de junho de 2018-. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/seu-dinheiro/decisao-do-stf-pode-rever-penhora-de-imovel-unico-de-fiador,70002366568>. Acessado em 02 de setembro de 2018.

PEREIRA, Andressa Semeghini; CARNEIRO, Adaneele Garcia. **A importância dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa para manutenção da ordem econômica no brasil**. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/download/2080/1424>> Acesso em 02 de junho de 2017.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

REALE, Miguel (1993). **Sentido da Constituição e de sua Reforma**. In: Revista Trimestral de Direito Público - 1. São Paulo: Malheiros, pp. 9-15.

Supremo Tribunal de Federal STF. **Recurso Extraordinário: RE nº 612360/ SP**, 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3866948>. Acessado em 04 de setembro de 2018.