

1. Introdução

A motivação da presente monografia jurídica deve-se à extraordinária importância social do instituto do bem de família, desde a sua origem jurídica, na República do Texas (EUA), que criou a Lei do *Homestead* (1839), com o escopo de povoar o imenso território americano e, especialmente, proteger a família com a isenção de penhora da moradia.

No Brasil, o instituto foi adotado tanto pelo Código Civil de 1916, disciplinado na Parte Geral (Livro dos Bens), bem como pelo Estatuto Civil de 2002 (Livro do Direito de Família), ambos sob a modalidade voluntária, sendo que neste último ocorreram pequenas alterações. Todavia, em decorrência das formalidades exigidas para a sua constituição, houve pouca aceitação pela população, especialmente as famílias de baixa renda

Entretanto, a Lei 8.009/90 (Lei da impenhorabilidade) inovou o instituto, com a constituição da forma legal (involuntária), sob determinação estatal, independentemente de escritura pública, objetivando proteger o imóvel residencial de qualquer espécie de execução, ressalvadas algumas exceções. A princípio, sua vigência retrocedeu o mercado de locação, razão pela qual o legislador acrescentou mais uma exceção à regra da impenhorabilidade, no inciso VII de seu artigo 3º, com a edição da Lei 8.245/91 (artigo 82), sujeitando, desde então, à penhora o bem de família do fiador locatício.

A partir de então, a questão tornou-se objeto de controvérsias, notadamente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26/2000, que introduziu o direito à moradia no rol dos direitos sociais, insculpido no *caput* do artigo 6º da Carta Política.

Assim, surgiram duas correntes de pensamentos: a primeira defende a penhora do bem de família do fiador da locação, sob o fundamento da recepção da Lei 8.009/90 pela Emenda Constitucional; a segunda tutela a impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, ante a não recepção pela Emenda Constitucional da exceção insculpida no inciso VII do artigo 3º da referida lei.

Entretanto, recentemente, o STF entendeu, por maioria, não haver incompatibilidade entre a Emenda Constitucional e a referida Lei, concluindo pela sua recepção e pela penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

Face a essa controvérsia, busca-se na presente monografia discutir sobre a constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, diante do vigente Direito

Positivo pátrio.

Para tanto, analisar-se-á, ainda que de forma sucinta, acerca do direito à moradia como bem de família e direito social (direito fundamental de 2ª geração), assim como se examinará alguns princípios constitucionais fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da isonomia e princípio da função social da propriedade. Discorreremos, também, sobre o moderno Direito Civil-Constitucional e seus princípios básicos, além do contrato de fiança.

Em razão de sua extensão e para não fugir ao objetivo desta monografia, não nos deteremos profundamente nos institutos mencionados. Entretanto, no que tange ao enfrentamento do cerne da questão suscitada, procuramos corroborar todos os posicionamentos com a melhor doutrina e jurisprudência pertinentes.

Esperamos contribuir para fomentar a discussão do tema em epígrafe e que se chegue, em breve, a um consenso mais justo e racional para a resolução de conflitos como este em nossa sociedade.

Os objetivos deste trabalho monográfico são: a) *institucional*, no sentido de produzir uma monografia para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará, Campus de Marabá/PA; b) *geral*, ao analisar o instituto do Bem de Família no Direito Brasileiro, desde sua raiz romana clássica, passando a sua origem jurídica nos Estados Unidos, até às atuais peculiaridades do benefício da impenhorabilidade, notadamente no Direito brasileiro, disciplinado no antigo e atual Códigos Civil e na Lei nº 8.009/90; e c) *específicos*, visando identificar as modalidades de bem de família previstos na legislação nacional; analisar o desenvolvimento do instituto no direito pátrio; examinar a supremacia da Constituição Federal frente ao bem de família, discorrendo sobre os princípios constitucionais e do novo Código Civil, além do instituto do contrato de fiança locatícia, com vistas a proteger o bem de família do fiador da penhora.

A opção pelo tema partiu do interesse em aprofundar o conhecimento sobre o instituto do Bem de Família, levando em consideração penhorabilidade do único imóvel residencial do fiador. Soma-se a isto, a paixão e a identificação da acadêmica pelo estudo do Direito de Família brasileiro.

Em que pese à Metodologia¹ empregada, registre-se que nas fases de investigação e do

1 PASOLD, César Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica. - Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 9. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 103.

relatório dos resultados foi utilizado o método indutivo², consistente na pesquisa e na identificação das partes de um fenômeno e colecioná-los, de modo a obter uma conclusão geral, através de uma pesquisa bibliográfica (doutrina e artigos) e jurisprudencial.

Em considerações finais, o presente relatório de pesquisa se encerra arrematando que o Bem de Família é uma importante garantia não somente às famílias, como também à dignidade da pessoa humana, incentivando o legislador e operador do direito resguardarem o imóvel residencial do fiador locatício, bem como os móveis que o guarnecem (desde que quitados), isentando-o de penhora, não obstante as controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira acerca do tema.

Desde já registre-se a importância da interpretação teleológica do artigo 1º disciplinado na Lei da Impenhorabilidade, que deve prevalecer sobre a interpretação literal, no tocante ao conceito de família ou entidade familiar, abrangendo inclusive devedor solteiro, eis que resguarda um direito fundamental da pessoa humana: direito à moradia, em razão de sua natureza social e protetiva.

Com efeito, procura-se demonstrar neste trabalho monográfico que a Lei da Impenhorabilidade disciplinou um processo executório desproporcional, onde na busca do adimplemento do contrato de locação, permite que o fiador e sua família sejam despojados de sua residência, inobstante tenha avençado de forma gratuita e de boa-fé. E o que é pior, sem possibilidade de reaver seu crédito. O legislador deixa de lado direitos e garantias fundamentais, como direito social à moradia, à dignidade da pessoa humana, à isonomia, dentre outros, em favor do pagamento do crédito, a todo custo.

Ao final, estimula-se a continuidade dos estudos e de reflexões sobre a impenhorabilidade do Bem de Família do Fiador, apresentando propostas para a sua consecução.

² PASOLD, César Luiz. op. cit., p. 104.

2. Breve Histórico do Bem de Família

2.1. Bem de Família no Direito Romano Antigo

O bem de família como concebemos atualmente teve origem nos Estados Unidos da América, todavia já havia na Roma Antiga uma instituição semelhante, conforme se verá a seguir.

Assevera Santos (2003, p. 3) que “a instituição do Bem de Família representa uma rara exceção de origem no Direito Civil pátrio, visto ser este calcado, principalmente, no Direito Romano”³. Segundo a autora, esse instituto originou-se no *homestead* norte-americano, porém encontramos no direito romano antigo a origem embrionária do bem de família.

Nas civilizações gregas e romanas, além de servir como abrigo da família, a casa era considerada um local sagrado, de culto e adoração aos seus antepassados. Somente no período da República de Roma é que foi consagrado o princípio da inalienabilidade dos bens que integravam o patrimônio familiar. (idem).

Segundo Azevedo (1999, p. 22), em Roma não existia o bem de família como o concebemos hoje, pois a família “... era regida pelo chefe de família que detinha o poder de tudo e de todos”⁴. O *pater familia* controlava não apenas a família propriamente dita, como também os escravos, os instrumentos e a propriedade.

Por sua vez, Credie (2004, p. 13) leciona que “o devedor inadimplente, em Roma, poderia ser vendido como escravo (...) pelo credor. Com o correr dos séculos, entretanto, foram-se amainando as disposições desumanas. Proibiu-se a lesão à incolumidade física, bem como a coação da pessoa humana a realizar pela força atos de execução; por fim, certos bens deixaram de ser executáveis, tais quais os impenhoráveis por lei”⁵.

No mesmo sentido, explica Azevedo que “no Direito Romano, no período da República, havia proibição de alienar patrimônio da família, pois todo ele tinha caráter de inalienabilidade, dados os rígidos princípios de perpetuação dos bens dos antepassados, que se consideravam sagrados”⁶.

Depreende-se, portanto, que embora de forma muito rudimentar, o bem de família teve

3 SANTOS, Marcione Pereira dos. Bem de família: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.

4 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8009/90. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 22.

5 CREDIE, Ricardo Arcoverde. Bem de família: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 13.

6 AZEVEDO, op. cit., p. 21.

sua origem na Roma Antiga, na qual a propriedade estava intimamente ligada à religião e, por conseqüência, o bem de família mantinha esse caráter religioso.

2.2. Bem de Família na Idade Média

Na Idade Média, período compreendido entre o século X e o século XVIII, a noção de família tinha alicerce material: o bem de família. Esse bem familiar (terras dos servos e os domínios senhoriais) permanecia sempre propriedade de linhagem, ou seja, era impenhorável e inalienável. Apesar das dificuldades financeiras, a família não tinha o direito de vendê-lo ou trocá-lo, e ninguém podia tomá-lo. Após a morte do pai, este bem passava para os herdeiros diretos⁷.

Azevedo ensina que “O Bem de Família deteve caráter mais político-econômico do que sócio-jurídico, visando a assegurar a nobreza e não proteger a família (...). Na Idade Média, a propriedade familiar resguardava-se pelos morgadios, mais visando a assegurar a nobreza, em seu poderio, do que no intuito direto de proteção à família, tendo, assim, caráter mais político-econômico do que sócio-jurídico”⁸.

Assim, verifica-se que na Idade Média, religião e propriedade confundiam-se, pois ao mesmo tempo em que o chefe de família protegia a religião familiar de seus antepassados, também resguardava sua propriedade.

2.3. Gênese Norte-Americana do Bem de Família

O instituto do bem de família originou-se na República do Texas/EUA, com a edição da Lei do *Homestead*, em 26 de janeiro de 1839. A expressão refere-se ao local do lar (*home*=lar; *setead*=local), criada para proteger as famílias domiciliadas naquela localidade. Assim, o Governo assegurou uma pequena propriedade agrícola, residencial às famílias, consagradas à proteção destas contra eventuais oscilações do mercado.⁹

O instituto surgiu após a sua independência do poder da Inglaterra. Nessa época, os EUA eram um território pobre. Contudo, devido ao grande potencial de desenvolvimento, os

7 UNAMUNO, Miguel. Luz da idade média. Disponível em: <<http://www.permanencia.org.br/revista/historia/luz1.htm>>, acesso em 04/07/2008>.

8 AZEVEDO, op. cit. p., 21.

9 HORA NETO, João. *O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10149>>. Acesso em: 28 julh. 2008.

bancos europeus fixaram-se naquele promissora região, reunindo pequenos capitais americanos, desenvolvendo-se a agricultura, o comércio e a indústria. (idem)

No entanto, por volta de 1830, a especulação e os desmesurados pedidos de empréstimos de grandes capitais, descontrolou a emissão de dinheiro, ensejando uma grave crise, pois a ilusão do lucro fácil levou a população a ultrapassar os limites do crédito.

Com efeito, entre os anos de 1937 e 1939 ocorreu a grande crise, iniciando-se dentre outros fatores, com a falência do grande banco de Nova York. Os credores realizaram penhoras em massa sobre os bens dos devedores, que sofreram execução a preços irrisórios.¹⁰

Por isso, no dia 26 de janeiro de 1839 foi promulgada a Lei do *homestead*, com o escopo de fixar o homem à terra e garantir aos cidadãos um mínimo necessário a uma existência digna.

Conforme relata Azevedo:

“A lei do homestead trouxe, ao lado da impenhorabilidade dos bens domésticos móveis, que foram, primeiramente, objeto de proteção, também a dos bens imóveis. Daí residir nesta última característica, a originalidade do instituto e o objeto central de sua abrangência. Logo após a anexação do Texas aos EUA, ocorrida em 1845, a Constituição Texana inseriu no seu texto que o legislador deveria proteger, por intermédio de uma lei, determinada porção de terra pertencente ao chefe de uma família contra qualquer execução, devendo o imóvel, objeto dessa proteção, não ter mais do que dois mil acres, se localizado na zona rural, e não valer mais de dois mil dólares, se na urbana”.¹¹

Diante desse cenário, a República do Texas promulgou o *Homestead Exemption Act*, objetivando a proteção da família e sua moradia e determinou a impenhorabilidade dos bens móveis domésticos, além dos bens imóveis. Ou seja, o governo isentou de execução judicial por dívidas as áreas de terra de até 50 acres, bem como terrenos urbanos, para incentivar a colonização, com vistas a proteger as famílias de um desastre econômico.

Diniz possui o mesmo entendimento quanto à origem do Bem de Família, ao afirmar que:

“O bem de família voluntário é um instituto originário dos Estados Unidos ou, melhor, do Texas, onde, em 1839, editou-se o Homestead Exemption Act, e tem por escopo assegurar um lar à família ou meios para seu sustento, pondo-a ao abrigo de penhoras por débitos posteriores à instituição (...)”.¹²

A partir de 1845 a República do Texas foi incorporada aos Estados Unidos, tendo, em

10 HORA NETO, João, op. cit.

11 AZEVEDO, op. cit., p. 31.

12 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família. 22 ed. rev. e atual. De acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 217.

conseqüência, se difundido o *homestead* estadual, pelo território americano, que resultou no *homestead* federal, editado pela Lei Federal de 20 de maio de 1962 (*Homestead Act*), com vistas a colonização e ao povoamento do território americano.¹³

No Direito Americano foram instituídos dois tipos de *homestead*: a formal ou formalista, adotada por alguns Estados Americanos, necessitava de uma declaração junto ao Registro de Imóveis (*Registrar of deeds*), para a publicação do regime de *homestead*, dando-se ciência aos credores; e a *homestead* legal ou de direito, adotada por outros Estados, que prescindia dessa formalidade junto ao Registro de Imóveis, bastando apenas a comprovação de ocupação efetiva do imóvel.¹⁴

Depreende-se que a primeira (*homestead* formal) deu origem ao bem de família voluntário, pois emanada da vontade do titular e a segunda (*homestead* legal) originou o bem de família legal, imposto por lei, e que prescinde da vontade do titular. (idem)

2.4. Bem de Família no Direito Brasileiro

2.4.1. Bem de Família Antes da Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

É consabido que a família é a base da sociedade. Com fulcro nessa premissa, o Estado lhe confere proteção especial, conforme se depreende do *caput* do artigo 226 da Constituição Federal. É neste contexto que surge o instituto do bem de família, pois ao tutelar o domicílio familiar, garante-se um mínimo de condições para que não ocorra sua desestruturação.

Inobstante a grande importância do bem de família, sua introdução no direito pátrio deu-se com muita dificuldade e de forma demorada, diante da controvérsia entre os seus defensores e os seus opositores.

Nesse passo, explica Santos que:

“A inserção do bem de família na legislação pátria não ocorreu de maneira fácil e imediata. Ao revés, houve vários projetos legislativos visando à sua regulamentação, antes que ele fosse entronizado no Código Civil onde, (...) foi inserido quase que por acaso e, talvez por isso tão precariamente regulado”.¹⁵

A doutrina ensina que o antigo Regulamento nº 737, de 25/11/1850 é um exemplo de

13 HORA NETO, João, op. cit.

14 HORA NETO, João, op. cit.

15 SANTOS, op. cit., p. 49.

vestígio do bem de família, vez que isentava de penhora alguns bens do devedor, embora ainda não excluísse da execução a moradia do executado.

Posteriormente, o Projeto de Código Civil Brasileiro, publicado oficialmente em 1893, de autoria de Coelho Rodrigues, tratou do instituto no âmbito do Direito de Família, nos artigos. 2079 a 2090, sob a denominação “Da constituição do lar da família”. O projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua não disciplinou o instituto.

Apesar de inúmeras tentativas para a sua instituição, somente foi introduzido e incluído no direito pátrio durante a tramitação no Senado do Projeto Beviláqua (repita-se, este não previu o instituto), através de emenda publicada no órgão oficial em 05/12/1912, restando dúvida se essa emenda foi da lavra do Senador Feliciano Penna ou de autoria do Senador Fernando Mendes de Almeida.

Pertinente a colocação de Credie quando leciona que “em nossa legislação anterior ao Código Civil nem sequer existia o bem de família, ausente que estava no Projeto de Clóvis Beviláqua”¹⁶.

A partir da adoção do instituto no Senado, o bem de família foi originalmente colocado no Projeto de Código Civil, na sua Parte Geral (Livro das Pessoas), posteriormente disciplinado no Livro dos Bens, também na Parte Geral.

No período anterior à promulgação da atual Constituição Federal, a família era concebida apenas dentro do casamento, ignorando as outras formas de unidade familiar. O pátrio poder era exercido pelo chefe da família (marido).

Assim, o bem de família foi regulamentado pela Lei 3.071, de 01/01/ 1916, que instituiu o Código Civil, no capítulo V do Livro II. A finalidade desse instituto no Código Civil de 1916 era a garantia do patrimônio, conforme a redação do art. 72 que assim dizia: “O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais”¹⁷.

O modo de instituição do Bem de Família estava regulamentado no art. 73 do Código Civil de 1916, que continha a seguinte redação: “A instituição deverá constar de escritura pública transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local e, na falta desta, na da Capital do Estado”.

No Diploma Civil de 1916 não existia limite de valor para referida instituição(embora tenham sido editadas leis que fixaram valor máximo, mas que posteriormente eliminaram

16 CREDIE, op. cit., p. 13.

17 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 93.

qualquer limite), e os cônjuges podiam, livremente, nomear o imóvel de maior valor para que o mesmo ficasse imune de execução por dívidas póstumas à sua instituição.

A regulamentação do Bem de Família no Código Civil revogado era muito precária, pois deixava muitas dúvidas e lacunas. Com isso, percebe-se que o instituto do Bem de Família não foi exaustivamente explorado pelo legislador na elaboração do Código Civil de 1916, visto que destinou apenas quatro artigos para regular um assunto de tamanha importância.

2.4.2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o instituto do Bem de Família

Posteriormente à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em 1990, foi instituída a Lei 8.009/90, de 29 de março, “que representou um verdadeiro avanço no instituto do bem de família, uma vez que retirou da órbita da penhora, independente da vontade do indivíduo, o bem imóvel onde reside a entidade familiar ¹⁸”.

Com a implementação dessa lei, o instituto do Bem de Família teve maior repercussão no cenário jurídico nacional já que deu-se um status diferenciado a esse tema, na medida em que a sua proteção independia da vontade familiar.

A partir da edição da Lei nº 8009/90, o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, tornou-se impenhorável, não respondendo por dívida de qualquer natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses legalmente previstas.

No novel Código Civil, o bem de família foi disciplinado no Livro do Direito de Família (arts. 1711 a 1722), continuando a estabelecer somente o bem de família voluntário, com algumas alterações em relação à sua disciplina no Código Civil de 1916 (arts. 70 a 73).

Ademais, a Constituição teve incluído em seu artigo 6º, *caput*, a EC nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, a qual ampliou o rol de direitos sociais, incluindo entre eles a moradia, entrando em vigor na data de sua publicação (15.02.2000).

No capítulo seguinte, abordar-se-á de forma mais detalhada o conceito do instituto do Bem de Família no atual direito brasileiro, apresentando delineamentos tanto do bem de família voluntário, quanto do bem de família legal.

18 SANTOS, op. cit., p. 67.

3. Conceito de Bem de Família

Primeiramente, entendemos curial conceituar a impenhorabilidade, trazendo à baila alguns conceitos colacionados.

É sabido que o êxito do processo de execução por quantia certa depende da existência de bens do devedor, já que há muito o Direito não mais aceita execução civil em que a pessoa pague com sua liberdade ou até mesmo com sua vida, como ocorria nos primórdios da civilização.

Diante disso, o legislador criou a impenhorabilidade de determinados bens, como se depreende do art. 649 do Código de Processo Civil, considerados vitais para a manutenção da dignidade humana.

Ainda com o escopo de preservar a família, o legislador, em 1990, instituiu a impenhorabilidade do único imóvel de natureza residencial do devedor, conforme disciplinado no art. 1º da Lei 8.009/90.

A esse respeito, explica José Miriel Morgado Portela Gomes, que “Com relação ao conceito de Impenhorabilidade, é a qualidade daquilo que não pode ser penhorado. Pode resultar da Lei ou da Vontade”.¹⁹

Naufel também conceitua a impenhorabilidade de um bem ou de uma coisa, como a “Garantia constante de cláusula testamentária ou da escritura de doação, ou ainda conferida pela lei a certos bens, em virtude da qual estes não podem ser objeto de penhora”.²⁰

Esse ato processual executório tem objetivo de satisfazer o direito do credor consignado no contrato ou no título executável. Assim, um objeto é impenhorável quando sobre ele não poderá recair nenhum tipo de penhora ou execução. Tal impenhorabilidade, como se discorrerá no próximo capítulo, pode decorrer de lei ou de disposição das partes.

Feita essa importante ponderação quanto ao conceito de impenhorabilidade retornamos ao instituto do bem de família.

O instituto do bem de família possui uma grande importância social, eis que busca a proteção da família e seu imóvel de moradia.

Para Álvaro Villaça Azevedo, “o bem de família é um meio de garantir um asilo à

19 GOMEZ, José Miriel Morgado Portela; MEDEIROS, Fabiano de Albuquerque. As garantias e privilégios do crédito tributário e a administração tributária. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, n° 185. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1391>, acesso em: 30/09/2008.

20 NAUFEL, José. Novo dicionário jurídico brasileiro. v. 3, 7. ed. São Paulo: Parma: Jurídica Brasileira. 1995. p. 606.

família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.²¹ (NETO, 2007, não paginado).

Entretanto, hodiernamente, o melhor conceito que encontramos concernente ao instituto é o de Carvalho de Mendonça, como sendo “uma porção de bens definidos que a lei ampara e resguarda em benefício da família e da permanência do lar, estabelecendo a seu respeito a impenhorabilidade limitada e uma inalienabilidade relativa”²² (SABINO, não paginado).

É o que se verifica da leitura do artigo 1º, *caput* e parágrafo único da Lei nº 8.009/90, o qual estabelece que o bem de família é o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, juntamente com o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Com a edição da Lei nº 8.009/90, o caráter nitidamente social era visível. Todavia, tal lei teve reflexo direto no mercado imobiliário, que viu-se desprotegido, ante a impossibilidade de se executar o único imóvel do fiador. Diante dessa problemática, instituiu-se a Lei nº 8.245/91, que acrescentou o inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90, permitindo, a partir de então, a penhora do bem de família do fiador nos contratos locatícios.

A impenhorabilidade tutelada na Lei 8.009/90 objetiva proteger muito mais que os bens patrimoniais familiares essenciais a uma habitação condigna. Essa proteção possui estreita relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida em que busca proteger não somente o imóvel residencial familiar, mas também de uma pessoa solteira.

Ressalte-se que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 364 que ampliou o sentido do conceito de família e entidade familiar do art. 1º da Lei 8.009/90. O projeto 740, que deu origem à nova súmula, foi relatado pela ministra Eliana Calmon e estendeu a proteção contra a penhora para imóveis pertencentes a solteiros, viúvos ou descasados. Entre os precedentes da súmula 364 estão os Recursos Especiais ([Resp](#)) [139.012](#), [450.989](#), [57.606](#) e [159.851](#).

Vejamos excerto do [Resp 159.851/SP](#), *in verbis*:

21 HORA NETO, João, op. cit.

22 DA SILVA, Luciano Sabino. Questões concernentes à constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador no contrato de locação. <http://www.professorsimao.com.br/luciano.pdf>. Acesso em: 08 julh. 2008.

“EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS.

Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na lei 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido. Decisão POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO”. (RESP 159851/SP ; RECURSO ESPECIAL (1997/0092092-5), Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Data da Decisão: 19/03/1998).

No atual direito brasileiro existem dois tipos de Bem de Família: o voluntário, regulamentado pelo Código Civil; e o legal regido pela Lei 8.009/90, que serão melhor abordados no próximo capítulo.

4. Espécies de Bem de Família

A doutrina aponta duas espécies de bem de família, que coexistem perfeitamente, pois possuem princípios semelhantes, embora apresentem requisitos diferentes e acarretem efeitos diversos.

De fato, há uma semelhança de princípios relativos às duas espécies, na medida em que o bem de família nada mais é do que uma forma de proteção da família, garantindo-lhe uma moradia, imune à futuras execuções, salvo as exceções legais.

A esse respeito ensina a douta advogada Mariana Ribeiro Santiago, *verbis*:

O bem de família está regulado no sistema jurídico nacional pelo Código Civil de 1916, pela Lei 8.099/90 e pelo Código Civil de 2002. Todas essas normas partem do pressuposto de que resguardar o domicílio da família e da entidade familiar, garantindo-lhe um teto, é fundamental para a sua segurança, evitando, conseqüentemente, sua desestruturação. Assim, o nobre objetivo dos dispositivos legais referentes a esse instituto no Brasil é a proteção da família ²³ (NETO, 2007, não paginado).

Na origem do instituto, como já supradito, existia a *homestead* formal, que originou o bem de família voluntário, advindo da vontade de seu instituidor e a *homestead* legal, que deu origem ao bem de família legal, instituído pelo próprio Estado.

De forma sucinta, expor-se-á as características principais de cada uma dessas espécies, bem como suas principais diferenças.

4.1. Bem de Família Voluntário

Inicialmente, essa espécie de bem de família foi prevista pelo Código Civil de 1916, insculpido em quatro artigos (70 a 73), no Livro II, intitulado “Dos Bens”. Posteriormente, com a edição do Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, foram preceituados valores máximos dos imóveis instituídos como bem de família, limitando tais valores.

Contudo, a Lei nº 6.742/1979 retirou essa limitação, possibilitando a isenção de penhora de imóveis de qualquer valor. Ademais, a Lei nº 6.015/73, em seus arts. 260 a 265, bem como o Código de Processo Civil de 1973 (arts. 1218, VI) também disciplinaram o tema.

No atual Diploma Civil o bem de família encontra-se regulado nos artigos 1711 a 1722. Em linhas gerais, o bem de família voluntário só pode ser instituído pela vontade

23 HORA NETO, João, op. cit.

expressa do instituidor, mediante escritura pública ou testamento. O Código Civil de 2002 ampliou o instituto, quando admitiu a constituição de valores mobiliários, cuja renda se destinará à conservação do bem e sobrevivência da família (art. 1712), sendo que o montante desses valores mobiliários não poderão ultrapassar o valor do imóvel (art. 1713, *caput* e §1º).

Ao mesmo tempo, essa espécie de bem de família restringiu a sua instituição, na medida em que o seu valor não poderá ultrapassar um terço do patrimônio líquido do instituidor, existente à época de sua constituição (art. 1711), diferentemente do Código Civil de 1916, que não previa tal limite.

Assim como ocorre no bem de família legal, também há exceções à impenhorabilidade no bem de família voluntário. O artigo 1.715 do Diploma civil revela que a impenhorabilidade não é absoluta, trazendo três exceções, com o escopo de coibir abusos em sua instituição, bem como garantia aos credores: quando a dívida for anterior à sua instituição; tiver relação com os tributos referentes ao próprio bem ou com as despesas de condomínio.

Portanto, possui dois efeitos fundamentais: impenhorabilidade limitada, na medida em que o imóvel torna-se isento de dívidas futuras, salvo obrigações tributárias referentes ao bem, despesas condominiais e dívidas anteriores à instituição (art. 1.715, CC), e inalienabilidade relativa, vez que inscrito como bem de família voluntário, ele só poderá ser alienado com a autorização dos interessados, cabendo ao Ministério Público intervir quando houver participação de incapaz (art. 1.717, CC).

Por fim, impende salientar que o advento desse instituto pelo atual Código Civil não revogou o disposto na Lei 8.009/90, conforme se depreende do disposto na parte final do artigo 1711 do mesmo diploma legal.

4.2. Bem de Família Legal

Também denominado obrigatório ou involuntário, essa espécie de bem de família originou-se da Medida Provisória nº 143, de 08 de março de 1990, editada pelo Presidente da República, José Sarney (daí ser denominada Lei José Sarney), posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional, convertida na Lei nº 8.009/90, de 20 de março de 1990.

Conforme já mencionado anteriormente, a introdução da atual lei ocorreu de forma delongada e árdua, em razão da polêmica entre os doutrinadores, que há muito criticavam o instituto do bem de família editado pelo Código de Bevilacqua.

Nessa espécie de bem de família o instituidor é o próprio Estado, por força do advento da referida lei, sendo essa uma lei de ordem pública por excelência, em defesa da estrutura familiar, prescindindo de ato constitutivo e, portanto, de Registro de Imóveis.

Dessarte, o bem de família não responde por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza (art. 1º da Lei 8009/90), podendo ser oposta em qualquer dessas espécies de dívidas, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Da leitura do art. 1º da Lei 8.009/90 resta hialino que o seu escopo é proteger a família, mediante a preservação de seu lar. Tal proteção fundamenta-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II, CF), haja vista que o direito à moradia remete a essa necessidade inerente do indivíduo.

Assim, pela Lei 8.009/90 tornou-se impenhorável o único imóvel da família, não respondendo por dívidas contraídas pelos cônjuges, pelos pais e filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo as exceções elencadas na própria lei.

Com efeito, estão livres de execução: um único imóvel, urbano ou rural, usado como moradia permanente da família; as plantações e as benfeitorias de qualquer natureza; todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional; e os móveis que guarnecem a residência, desde que quitados. Basta ao devedor demonstrar os requisitos legais para evitar que os bens se sujeitem à constrição judicial.

A proteção legal desse instituto não é absoluta, uma vez que admite exceções, disciplinadas nos artigos 2º e 3º da Lei 8.009/90. O art. 2º prescreve algumas ressalvas à impenhorabilidade, quando exclui do rol de impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Ora, o legislador quis proteger o credor, que poderia ficar sem receber, caso tais bens fossem também impenhoráveis, já que possuem um alto valor comercial.

Da mesma forma, em seu art. 3º a aludida lei elenca mais seis exceções de impenhorabilidade, *in verbis*: em razão dos créditos do trabalhadores da própria residência e respectivas contribuições previdenciárias (inciso I); pelo titular de crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel (inciso II); pelo credor de pensão alimentícia (inciso III); para a cobrança de impostos predial e territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel (inciso IV); para a execução de hipoteca sobre imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar (inciso V); por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a

ressarcimento, indenização e perdimento de bens (inciso VI); e por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (inciso VII).

4.3. Distinção entre Bem de Família Voluntário e Bem de Família Legal

Para fins didáticos é importante abordar acerca das diferenças entre as espécies de bem de família.

Em que pese ao bem de família voluntário, este é constituído por ato de vontade do instituidor (se cônjuges, por escritura pública ou testamento; se terceiros, por testamento ou doação). Somente produzirá efeitos após o registro da escritura pública no Cartório de Registro de Imóveis ou quando da abertura e cumprimento do testamento.

Demais disso, o valor do bem não pode exceder a um terço do patrimônio líquido existente à época da instituição, razão pela qual entende-se que esse mandamento favorece mais as classe abastadas, já que as famílias que possuem somente um imóvel não serão contemplados com essa espécie de instituto.

A interferência do Estado-Juiz é indispensável em caso de extinção, alienação ou sub-rogação, vez que o bem de família é impenhorável e inalienável, ocasionando verdadeira imobilidade patrimonial, com sérias conseqüências para as classes menos favorecidas, que têm como bem economicamente relevante somente o imóvel residencial.

Por outro lado, o bem de família legal é constituído por ato do Estado (de ordem pública), manifestado através da Lei nº 8.009/90, independente da iniciativa do proprietário do imóvel. Os seus efeitos operam-se imediatamente, bastando apenas que o imóvel sirva de residência para a família. Não há limites para o valor do bem, ressalvada a hipótese de multiplicidade de bens imóveis (pluralidade de domicílios), quando a lei prescreve que somente o de menor valor será considerado como bem de família legal.

A impenhorabilidade do bem se estende ao terreno com construção, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive de uso profissional, e móveis que guarnecem a residência, desde que quitados. Para extinguir ou alienar o bem de família legal é bastante o ato de vontade do proprietário, sem a intervenção do Judiciário, visto que a Lei nº 8.009/90 estabeleceu apenas a impenhorabilidade e não a inalienabilidade, razão pela qual favorece especialmente as classes menos favorecidas, que têm no imóvel residencial o único bem de valor econômico significativo, para fins de alienação.

5. Direito Civil Constitucional

É cediço que desde o direito romano difundiu-se a idéia de bipartição do direito em dois ramos: direito público e direito privado. Entretanto, esse modelo clássico está em desuso, diante da concepção jurídica moderna e do atual contexto sócio-econômico, frutos da pós-modernidade, que prega a socialização do direito, cujo centro é a pessoa humana.

Conforme o preciso ensinamento de Maria Celina B. Moraes, *in verbis*:

“No Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar”.²⁴ (SAMPIETRO, 2005, não paginado).

O Código Civil de 1916, que vigorou até 10 de janeiro de 2003, refletiu claramente o momento histórico de sua criação, pois tinha como modelo o Código de Napoleão do início do século XIX, cujos ideais baseavam-se no individualismo (liberdade individual), oriundo da Revolução Francesa.

Entretanto, com o passar dos anos, houve profundas mudanças sociais, que exigiam uma nova normatização. O Estado, ainda que timidamente, passou a interferir nas relações entre os particulares, criando diversas normas esparsas, como o Código do Consumidor, Lei de Locações, Estatuto das Cidades, o que culminou com a elaboração de um novo Código Civil (Lei 10.406/2002), que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003.

Sobre essas mudanças salienta o ilustre civilista Venosa :

“A cada dia, no entanto, notamos maior publicização do direito privado. São freqüentes as invasões do Estado na órbita que originariamente apenas interessava ao âmbito privado do indivíduo. A influência do Estado é cada dia mais absorvente; surgem, então, fórmulas para proteger o Estado por meio de um direcionamento de condutas do indivíduo. É acentuada a cada momento a restrição à liberdade individual. Princípios tradicionais de direito privado como, por exemplo, a autonomia da vontade no direito obrigacional, sofrem paulatina intervenção do Estado”.²⁵

24 SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. A previsão da norma do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90 é inconstitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7574>>. Acesso em: 25 julh. 2008.

25 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 91.

A Constituição Federal de 1988 incentivou o intervencionismo estatal nas relações contratuais, cabendo ao Estado a elaboração de normas que impusessem limites à autonomia individual, buscando com isso uma proteção à parte menos favorecida da relação contratual.

Com efeito, a Carta Magna foi concebida nos ideais de justiça igualitária, solidariedade social e dignidade da pessoa humana, irradiando um novo prisma de valores.

O Direito Civil Constitucional surgiu com o escopo de consagrar esses novos valores, voltando-se para a pessoa humana e não mais apenas para seu patrimônio, como o era na vigência do vestuto Direito Civil, influenciado pelo direito romano, que exacerbava a autonomia da vontade. Como ensina José Afonso da Silva, trata-se de “uma variação hermenêutica, uma mudança de atitude no ato de interpretar a Lei Civil em confronto com a Lei Maior”.²⁶

Tartuce, grande defensor do direito civil-constitucional, discorre sobre os princípios norteadores da pós-modernidade no âmbito civil, *in verbis*:

“O primeiro deles, a dignidade da pessoa humana, está estampado no art. 1º, III, do Texto Maior, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Um contrato nunca, jamais, poderá trazer lesão a esse princípio máximo.

O segundo princípio visa a solidariedade social, outro objetivo fundamental da República, conforme art. 3º, I, da CF/1988. Outros preceitos da própria Constituição trazem esse alcance, caso do seu art. 170, pelo qual: ‘a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’.

Por fim, o princípio da isonomia ou igualdade lato sensu, traduzido no art. 5º, caput, da Lei Maior, eis que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’. Quanto a essa igualdade, princípio maior, pode ser a mesma concebida pela seguinte oração: ‘A lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais’.²⁷

A constitucionalização do direito civil é reflexo do fenômeno bem lecionado pelo professor Gustavo Tepedino²⁸:

“Com o Estado intervencionista delineado pela Constituição Federal de 1988 teremos, então, a presença do Poder Público interferindo nas relações contratuais, definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e formal ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem.

26 DA SILVA, Luciano Sabino, op. cit.

27 SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo, op. cit.

28 GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lei de locações, o fiador e a penhorabilidade do bem de família. <http://www.bh.adv.br/downloads/12052005063812.doc>. Acesso em: 08 julh. 2008.

(...) Disso resulta que os princípios dispostos na Constituição devem sobrepor-se, na atividade de aplicação, subsunção e interpretação das leis, a toda e qualquer norma infraconstitucional, consideradas portanto como normas jurídicas com precedência sobre o Código Civil, a legislação especial, a analogia e os costumes, não se confundindo, em qualquer hipótese, com os princípios gerais do direito de que trata o aludido art. 4º da Lei de Introdução.

(...) Somente a partir desta reunificação do ordenamento, que supere os compartimentos estanques em que foram divididos os ramos do direito no passado e a dicotomia entre o direito público e o direito privado poderemos antever uma teoria contratual compatível com o momento presente (...)."

Ora, as leis devem ser entendidas como peças integrantes da hierarquia normativa e, portanto, sujeitas à Constituição Federal, ou seja, a atividade interpretativa deve atender aos valores constitucionais.

O constitucionalista José Afonso da Silva ensina acerca do princípio da supremacia da Constituição Federal, *verbis*:

“Uma constituição, porém, já é o sistema normativo de grau mais elevado na ordenação jurídica do país. Situa-se no vértice das demais fontes formais do Direito. Regula a produção das demais normas da ordem jurídica. Norma e confere validade a todo o ordenamento normativo nacional, cuja unidade, coesão e conexão de sentido encontram nela seu fundamento. As demais normas jurídicas que dela discordarem ou divergirem são ilegítimas, inválidas, inconstitucionais, e devem ser ineficazes juridicamente, em princípio”.²⁹

A Constituição Federal é o instrumento político-jurídico mais importante da sociedade, sendo sua superioridade hierárquica amplamente reconhecida. É a norma máxima do Estado, com uma forte tendência social, criando novas regras e parâmetros que vinculam o ordenamento jurídico infraconstitucional.

5.1. Princípios Fundamentais Constitucionais:

5.1.1. Princípio da Isonomia

O Brasil reconhece a igualdade no seu sentido jurídico-formal, ou seja, a igualdade de todos perante a lei (igualdade de oportunidades e aptidões). Pelo princípio da igualdade (ou isonomia) veda-se certas discriminações, tais como sexo, origem, raça, cor, crença, etc.

Para o legislador a igualdade perante a lei significa que quando a lei é elaborada, esta deverá atribuir vantagens e ônus iguais em situações idênticas. Da mesma forma, deverá distinguir as situações distintas, dividindo encargos e benefícios na medida de suas

²⁹ RITT, Leila Eliana Hoffmann. *A (im)penhorabilidade do bem de família do fiador: uma análise à luz dos princípios constitucionais*. <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/fiador.pdf>. Acesso em: 08 julh. 2008.

diversidades.

Entretanto, há de se ressaltar que a Carta Política estabelece algumas diferenciações que autorizam a quebra da isonomia, com o escopo de aproximar a igualdade formal da material. O que se veda são as diferenciações absurdas, considerando que a Constituição somente aceita o tratamento desigual nos casos desiguais.

Uma discriminação descrita na norma jurídica estará em consonância com o princípio da isonomia, quando houver uma correlação lógica entre as diferenças contidas nas situações ou pessoas discriminadas e a desigualdade de tratamento, dada pela lei, em razão dessas discriminações, sendo que tal correlação terá que ser compatível com os interesses prestigiados na Constituição.

O esfacelamento da igualdade formal nas normas infraconstitucionais dá-se não somente por questões políticas, mas também por cogitações econômicas. A exceção do inciso VII do artigo 3º da Lei da Impenhorabilidade foi descrita em razão da desestruturação do mercado imobiliário. A distinção entre locatário e fiador deu-se por questões estritamente econômicas e não em razão da pessoa ou da situação. A lei infraconstitucional foi criada com base em fatores externos (econômicos e políticos), o que fere o princípio da igualdade, tornando-a inconstitucional.

Acerca do princípio constitucional da isonomia assim preleciona o grande mestre português José Joaquim Gomes Canotilho:

“Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos (...). O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos, com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”.³⁰ (SAMPIETRO, 2005, sem paginação).

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos também arremata sobre a violação ao princípio da isonomia do fiador nos contratos locatícios, nos seguintes termos:

“(…) a exceção do inc. VII coloca o fiador em situação escancaradamente inferior em relação ao afiançado. Lembre-se que até mesmo os móveis que guarnecem a residência do locatário são impenhoráveis (art. 2º, parágrafo único); não há, então, entendimento razoável que justifique a penhorabilidade do imóvel residencial do fiador e de sua família, bem como dos imóveis que o guarnecem. A discriminação é flagrante e incompreensível”³¹ (idem).

5.1.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

³⁰ SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo, op. cit.

³¹ Idem.

Em que pese a esse preceito, bem discorre Nelson Rosendal, um dos expoentes do novo direito civil-constitucional, *verbis*:

“Há de se enfatizar que a dignidade da pessoa humana é fonte simultânea de direitos humanos e de direitos de personalidade. Fechando o ciclo evolutivo, ambos, quando positivados, convertem-se em direitos fundamentais de igual conteúdo. Com modo e intensidade variáveis, serão eles de alguma maneira reconduzidos à idéia primária de dignidade, como última instância de proteção a todo ser humano.

O ser humano e a dignidade antecedem o ordenamento jurídico, assim como os direitos da personalidade. É de certa forma um equívoco conceber o direito natural como uma ideologia conservadora – como pretendeu o positivismo. Ele possui um componente revolucionário, por conduzir a um exame crítico de toda a ordem existente. Se a pessoa não é criada pelo ordenamento, a incidência posterior de determinadas regras não poderá aprisionar os elementos de sua personalidade”.³² (IDEM).

O princípio máximo a ser obedecido por todos os ramos do direito é o da dignidade da pessoa humana. Este é o princípio fundamental máximo do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, assim o declarou de forma expressa como um de seus fundamentos.

A respeito da importância desse princípio constitucional ensina Renato Kenji Higa:

“A dignidade da pessoa humana é um princípio que engloba todas as demais normas jurídicas, razão pela qual todas as normas infraconstitucionais que não se compatibilizem devem ser, conforme o caso, tidas como revogadas ou declaradas inconstitucionais. A sua importância serve de critério norteador para o criador do direito (legislador)”.³³

Ao discorrer sobre o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da Constituição Federal pátria, ensina o professor Gilberto Haddad Jabur³⁴, que esse fundamento possui “conteúdo indispensável à existência saudável, capaz de preencher as naturais exigências de ordem física e espiritual do homem” .

Nesse diapasão, em virtude da abrangência do tema e pela recente discussão em busca da conceituação no plano material da dignidade da pessoa humana, é importante mencionar o conceito utilizado por Ingo Wolfgang Sarlet, *verbis*:

“(…) a qualidade intrínseca de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria

32 Ibid.

33 DE ABREU, Marcos Alexandre, op. cit.

34 Idem.

existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.³⁵

No sentido da concepção Kantiana, o ser humano jamais poderá ser tratado como mero objeto, um instrumento para satisfação dos fins de outrem, pois nesse caso poderá ser considerada afetada a dignidade da pessoa humana³⁶.

No pensamento jusnaturalista, a dignidade humana é considerada como qualidade inerente do ser humano, partindo-se do pressuposto de que, apenas em razão de sua condição humana, o homem é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado³⁷.

Impende salientar que a dignidade da pessoa humana, como elemento qualificador do ser humano, é irrenunciável e inalienável.

A ponderação (hierarquização) é elemento essencial à proteção da dignidade da pessoa, visto que, na prática, quando há tensões entre pessoas igualmente dignas deverá ser aplicado um juízo de ponderação ou hierarquização da dignidade, para a solução do caso concreto, não podendo sacrificar a dignidade.

Com efeito, ao preceituar a penhora da única moradia do fiador em contrato de locação de imóvel, o Estado, responsável pela tutela da dignidade da pessoa humana, agiu em contraposição ao princípio que serviu como base para a Constituição Federal de 1988. O juízo de ponderação não foi observado, pois está supervalorizando o pagamento de uma dívida em detrimento da única moradia de uma família.

Nesse sentido bem discorre Sarlet:

“Até mesmo o direito de propriedade – inclusive e especialmente tendo presente o seu conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio – se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa, considerando que a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade (...)”.

³⁸

Além disso, deve-se considerar as conseqüências negativas que esse ato (penhora do bem de família do fiador) acarreta ao Estado, eis que agrava o problema social. Portanto, vê-se que a previsão do inciso VII da Lei da Impenhorabilidade não se coaduna com os novos

35 GUEDES, Andrea Farias. O direito constitucional à moradia do fiador nos contratos de locação de imóveis. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=209. Acesso em 10 jul. 2008.

36 Idem.

37 GUEDES, Andrea Farias, op. cit.

38 Idem.

preceitos do novo direito civil-constitucional, o qual busca ser mais justo e solidário.

O texto constitucional, em seu artigo 170, incisos II e III, ao regular as atividades econômicas, tutela os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade em decorrência das oscilações do mercado, a fim de “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Mais uma vez constata-se que o legislador supervalorizou o do mercado imobiliário em detrimento da propriedade, no inciso VII da Lei 8.009/90.

5.1.3. Princípio da Função Social da Propriedade

O conceito de propriedade denota a idéia de bem individual, que garante ao seu proprietário amplos poderes e total liberdade para usar, gozar ou dispor desse bem. Todavia, o direito à propriedade, que é inviolável por mandamento constitucional (artigo 5º, *caput*), deve ser interpretado em consonância com o princípio da função social da propriedade.

Como todo o princípio constitucional, ao princípio da função social da propriedade incide a aplicabilidade imediata, vez que no § 1º do art. 5º, dispõe que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, o inciso XXIII insculpido no artigo 5º subordina a propriedade à sua função social, e caso isso não seja observado o bem poderá ser desapropriado ³⁹.

Esse o mesmo posicionamento do eminente constitucionalista José Afonso da Silva, segundo o qual “A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente. É de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais”.

⁴⁰

Segundo Inga Michele Ferreira Carvalho, a qual adotou o posicionamento de Cretella Jr., a propriedade estaria cumprindo a sua função social caso cumprisse com o seu fim previsto. Em se tratando de propriedade urbana, a sua função social estaria sendo cumprida se atendesse as necessidades de seus moradores ⁴¹.

Ao servir de abrigo para uma família, a residência, aparentemente estará cumprindo a sua função social. Com isso, pode-se concluir que o fiador e sua família, ao utilizar o bem de família como moradia estarão respeitando o princípio da função social da propriedade.

³⁹ GUEDES, Andrea Farias, *Ibid*.

⁴⁰ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed., Malheiros, 2008, p. 283.

⁴¹ GUEDES, Andrea Farias, *op. cit*.

6. Contrato

Com o desenvolvimento da civilização e aumento das relações negociais, o contrato tornou-se um importante instrumento no sentido da harmonização das vontades opostas.

Ao conceituar esse importante instituto, Caio Mário da Silva Pereira preleciona que o “Contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar ou modificar direitos”⁴².

O contrato necessariamente deve conter os princípios basilares, quais sejam: a autonomia da vontade; a força obrigatória do contrato e a relatividade. O seu efeito é criar obrigações entre as partes contratantes, dando a segurança do seu cumprimento e vinculando a esta obrigação apenas às partes contraentes.

Em decorrência da velocidade das relações negociais, muitas vezes, o sistema jurídico não consegue acompanhar as suas transformações, resultando em normas vigentes desprovidas de eficácia. As normas surgem com base nos anseios sociais, com o fim de regular as suas relações.

Para a validade do negócio jurídico é necessária a observância do disposto no artigo 104 do Código Civil. Impende salientar, ainda, o estabelecido no artigo 2035 do Diploma Civil, especialmente em seu parágrafo único, o qual dispõe que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Demais disso, o negócio jurídico deve ser interpretado com base no sistema jurídico hierárquico de normas e competências, a fim de manter a unidade do sistema. Assim, inexistente direito adquirido ou ato jurídico perfeito fundado em negócio jurídico inválido, em desobediência ao sistema hierárquico de normas e ao princípio da segurança jurídica.

Vale trazer a colação os ensinamentos de Gonzales:

“De qualquer sorte, cabe ao operador do direito averiguar em cada caso concreto a validade do ato, servindo-se da hermenêutica que lhe é a luz nesse escuro e árduo caminho. Releva considerar que cada ato (civil, administrativo, tributário, previdenciário etc.) deve ser regido de acordo com o regime jurídico peculiar, mas interagindo com a totalidade do sistema, pois o direito não se interpreta em tiras, mas sim no todo, especialmente com a Constituição da República, nossa norma fundamental, o pilar de validade de todo sistema. E as suas normas são os vetores do intérprete e das demais normas infraconstitucionais, cabendo a essas adaptarem-se aos comandos daquela e jamais essas estabelecerem o sentido daquelas, como que se as normas constitucionais tivessem sentido vago e incerto”.⁴³

42 GUEDES, Andrea Farias, Ibid.

43 GUEDES, Andrea Farias, Ibid.

Portanto, qualquer contrato que ferir algum dispositivo constitucional está viciado de invalidade, porquanto não sobrevive qualquer direito subjetivo que ofenda a Constituição pátria.

6.1. Princípios do Contrato:

Na fase clássica ou liberal havia, basicamente, três princípios fundantes do direito contratual. Cuidava-se do princípio da liberdade das partes ou da autonomia da vontade; princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda* ou da intangibilidade dos contratos); e princípio da relatividade de seus efeitos .

Atualmente, novos princípios foram inseridos pela ordem constitucional, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

6.1.1. Princípio da Autonomia da Vontade

Consiste na liberdade que os indivíduos possuem para regular a matéria e a extensão de suas convenções. Segundo Humberto Teodoro Júnior, essa liberdade de contratar “pode ser vista sob três aspectos: pela faculdade de contratar ou não contratar, pela liberdade de escolha da pessoa com quem contratar e pela liberdade de fixar o conteúdo do contrato”⁴⁴.

Entretanto, a autonomia da vontade deve se submeter “às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam”⁴⁵. Assim, esse princípio deve se sujeitar às leis de ordem pública e aos bons costumes. A primeira limitação visa preservar o interesse público em detrimento do privado e a segunda refere-se à moralidade.

Não obstante a imprecisão e a variabilidade do conceito de ordem pública, pode-se afirmar que esta implica na precedência do interesse geral, público ou social sobre o individual. A dificuldade em sua conceituação se deve ao fato de que está intimamente ligada aos valores sociais vigentes, variando no tempo e no espaço. Tem como efeitos, a revogação das convenções entre particulares, prevalecendo sobre a autonomia da vontade individual.

Da leitura do art. 421 do Diploma Civil, “a liberdade de contratar será exercida em

44. GUEDES, Andrea Farias, op. cit.

45 GUEDES, Andrea Farias, Ibid.

razão e nos limites da função social do contrato”. Assim, o contrato não é mais visto pela ótica individualista dos contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade.

6.1.2. Princípio da Força Obrigatória dos Contratos

Esse princípio decorre do princípio da autonomia da vontade, segundo o qual o objeto do contrato torna-se lei entre as partes. Segundo Sílvio Rodrigues, dentro da concepção clássica, a única exceção à obrigatoriedade das convenções que acarretaria a extinção da obrigação seria a impossibilidade de cumprir o convencionado devido a força maior ou caso fortuito ⁴⁶.

Ora, se o contrato for válido, deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda*. Como regra geral, ninguém pode unilateralmente alterar o conteúdo do contrato, nem o juiz pode, em princípio, intervir nesse conteúdo.

6.1.3. Princípio da Relatividade do Contrato

No tocante ao princípio da relatividade do contrato, este refere-se aos efeitos do contrato, cujas obrigações alcançam apenas as partes contratantes⁴⁷, ou seja, o contrato não favorece nem prejudica terceiros, além das partes contratantes (salvo algumas exceções legais, que favorecem terceiros, a exemplo das convenções coletivas de trabalho e fideicomisso constituído por ato *inter vivos*). Registre-se que esse princípio aplica-se também em relação ao objeto-o contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge terceiros, embora hajam ressalvas.

6.2. Os Princípios do Contrato na Atualidade

Os princípios acima mencionados (princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e o da relatividade), frutos da fase do Estado Liberal, na qual regulava-se a relação negocial clássica, atualmente não mais correspondem à complexidade da relação contratual, sendo necessário a adoção de novos princípios, denominados “princípios sociais do contrato”, quais sejam: princípio da boa-fé objetiva; da função social do

46 GUEDES, Andrea Farias, op. cit.

47 GUEDES, Andrea Farias, Ibid.

contrato; e da equivalência contratual. Estes prevalecem sobre os princípios tradicionais, embora não os eliminem.

Estes novos princípios são caracterizados como “(...) contratos de massa, despersonalizados, contratos que não mais defluem das manifestações de vontade livres, não mais originando da igualdade formal das partes (...)”.⁴⁸

6.2.1. Princípio da Boa-fé Objetiva

O Código Civil, em seu artigo 113 disciplina que “os contratos jurídicos devem se interpretados conforme a boa-fé (...)”. Outros ordenamentos jurídicos como o Código de Defesa do Consumidor também observam o princípio da boa-fé objetiva. Dessarte, todos os contratos devem ser pactuados, interpretados e executados com base nesse princípio. É o que estabelece o artigo 422 do Diploma Civil: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A inobservância desse princípio resulta em ato ilícito ou abuso de direito por parte dos contratantes, conforme se conclui do artigo 187 do Código Civil, pois “Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

É pertinente a lição de Rinaldo Mendonça Biatto de Menezes, que conceitua a boa-fé objetiva, *verbis*:

“É um valor pertencente à solidariedade que deve existir entre os cidadãos, ao respeito mútuo e cooperação. (...) Difere da “boa-fé” subjetiva, pois esta é o estado da consciência do agente, a sua intenção interna, que, desta maneira, está eivada de subjetivismo”.⁴⁹

Esse princípio não nega o direito ao credor de cobrar seu crédito, mas impede que exceda-se abusivamente em sua conduta, sob pena de praticar ato ilícito. Daí a boa-fé deve ser fator basilar de interpretação pelo juiz na aplicação do Direito ao caso concreto.

6.2.2. Princípio da Função Social do Contrato

O Código Civil de 2002 inovou no direito contratual, ao trazer em seu bojo o princípio da função social do contrato. Por este princípio, ao celebrar contrato, as partes devem

⁴⁸ GUEDES, Andrea Farias, op. cit.

⁴⁹ GUEDES, Andrea Farias, ibid.

observar os interesses sociais, pois estes prevalecem sobre os interesses individuais. Assim, o Diploma Civil, em seu artigo 421 dispõe que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Considerado como uma norma contratual de ordem pública, vez que o contrato deve ser, necessariamente, analisado e interpretado em conformidade com o contexto social.

A esse respeito ensina Tereza Negreiros:

“Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetados”.⁵⁰

Apesar de não existir no ordenamento jurídico o conceito função social do contrato, este princípio tem relação com o clássico princípio da relatividade do contrato, na medida em que cuida para que os reflexos do contrato não atinjam a coletividade.

Nesse diapasão, André Soares Hentz entende que as partes contratantes “não podem criar situações jurídicas que afrontem direitos de terceiros (fraude e dolo), nem podem terceiros agir, frente ao contrato, de modo a dolosamente lesar o direito subjetivo do contratante (ato ilícito, abuso de direito)”.⁵¹

Paulo Luiz Netto Lobo bem explica acerca da função social do contrato no contexto atual:

“(…) o princípio da função social supera a função individual que esteve presente no modelo liberal. Além da função individual, que evidentemente continua, nenhum contrato pode ser admitido pelo Direito, se lesar os interesses e valores constitucionalmente estabelecidos, como, por exemplo, o da justiça social, que é o macro princípio estabelecido no artigo 170 da Constituição (…)”.⁵²

Assim, se uma das partes for prejudicada com uma cláusula que torne o cumprimento do contrato excessivamente onerosa, acarretando o empobrecimento do pactuante, a lei determina a resolução do contrato ou a revisão de seus termos, com vistas a restabelecer o equilíbrio contratual. Nessa hipótese, pode ser aplicado o princípio da boa-fé objetiva.

Ora, tendo em vista que o negócio jurídico tem relevante papel na ordem econômica, indispensável ao desenvolvimento da sociedade, os terceiros também possuem o direito de evitar reflexos danosos e injustos que o contrato poderia acarretar a quem nem ao menos participou de sua celebração.

⁵⁰ DA SILVA, Luciano Sabino, op cit.

⁵¹ GUEDES, Andrea Farias, op. cit.

⁵² GUEDES, Andrea Farias, op. cit.

Portanto, seu principal objetivo é equilibrar as relações jurídicas sem preponderância de uma parte sobre a outra, tutelando interesses sociais inclusive nas relações entre particulares.

Nesse diapasão precisa é a explicação do professor José Fernando Simão:

“Quanto aos terceiros, o contrato não pode ser mais entendido como mera relação individual (que produz apenas efeitos inter partes). Devem ser considerados os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Seria a função do contrato frente à sociedade e, por isso, a avença deve atender ao bem comum e não pode ser fonte de prejuízos para a sociedade. Novamente, evidencia-se o afastamento do individualismo e a idéia de bem comum”.⁵³

Consoante a dicção do emérito Nelson Nery Junior, “ambas as leis (CC e CDC) têm, hoje, a natureza de serem corpos normativos constituídos de socialidade, em que avulta o interesse social, coletivo, em detrimento do meramente individual.”⁵⁴

Deve-se buscar o equilíbrio entre os princípios da liberdade (autonomia da vontade) e da igualdade (material), isto é, o reconhecimento de que tais princípios encontram-se em igualdade hierárquica dentro do ordenamento jurídico.

A função social do contrato surge para propiciar maior equilíbrio nas relações contratuais, tornando-as mais próximas do ideal de justiça, mediante a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Somente os contratos que cumprem a sua função social são dignos da tutela do Direito.

Em regra, todo contrato tem conteúdo social. Assim, a admissão de constitucionalidade da penhora do imóvel residencial do fiador no contrato de locação, sem dúvida estará se privilegiando o individualismo do século XVIII, em detrimento do trinômio dignidade-solidariedade-igualdade, vértices do moderno direito civil.

Em síntese, pode-se afirmar que a função social não é a meta do contrato, mas apresenta-se como o limite da liberdade do contratante de realizar o negócio (artigo 421 do CC). Para atingir a sua função social, deve haver uma ponderação de valores no contrato, através do princípio da proporcionalidade, a ser realizada pelo juiz.

6.2.3. Princípio da Equivalência Contratual

O contrato, símbolo da autonomia privada do século XIX, baseava-se na liberdade formal de contratar, o que gerou um desequilíbrio na relação contratual. Assim, surgiu o

⁵³ DA SILVA, Luciano Sabino, op. cit.

⁵⁴ HORA NETO, João, op. cit.

princípio da equivalência material, que permite ao juiz ponderar sobre a igualdade real, através de normas jurídicas, com o escopo de assegurar o justo equilíbrio contratual, preservando o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato.

Esse princípio defende que o contrato não pode gerar vantagem excessiva a uma das partes em detrimento da outra. Deve ser celebrado nos limites do equilíbrio dos direitos e obrigações das partes contratantes.

O princípio da equivalência material está disciplinado nos artigos 423 e 424 do Código Civil, que dispõe sobre os contratos de adesão. O artigo 423 determina a interpretação mais favorável ao aderente quando se tratar de cláusulas ambíguas ou contraditórias. Já o artigo 424 declara nula a cláusula que estipular renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Portanto, verifica-se a importância, tanto dos princípios clássicos como dos novos princípios na celebração dos contratos diante da evolução das relações negociais.

Vencida mais esta etapa, passemos a discorrer sobre a fiança no contrato de locação.

7. A Fiança Locatícia e a Lei nº 8.009/90

Preliminarmente, é importante conceituar o contrato de fiança, trazendo-se à baila alguns conceitos ministrados por eminentes doutrinadores, senão vejamos:

Venosa⁵⁵ ensina que “pelo contrato de fiança estabelece-se obrigação acessória de garantia ao cumprimento de outra obrigação”.

O Código Civil, em seu art. 818 reza que “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

Por seu turno, Diniz arremata que “A fiança ou caução fidejussória, vem a ser a promessa feita por uma ou mais pessoas de satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento. Trata-se de uma garantia pessoal”.⁵⁶

Doutrinariamente, a fiança (artigos 818 a 839 do Código Civil) possui as seguintes características: é um contrato unilateral, pois gera obrigações somente para o fiador; é solene, eis que depende de forma escrita, imposta por lei (art. 819); é gratuito, em regra, porque o fiador ajuda o afiançado, gratuitamente, salvo na hipótese de fiança onerosa, a exemplo da fiança bancária.

Entende-se, também que a fiança é um contrato benéfico, na medida em que não admite interpretação extensiva, apenas interpretação restritiva (arts. 114 e 819); contrato personalíssimo ou *intuitu personae* (baseia-se na confiança entre os contratantes); é um contrato subsidiário ou acessório, porquanto depende da existência do contrato principal e sua execução depende do não-cumprimento deste, pelo devedor principal. É ainda contrato consensual, eis que se aperfeiçoa com a manifestação de vontade das partes.

Com a entrada em vigor da Lei 8.009/90, parcela da doutrina questionou sobre a sua constitucionalidade, como foi o caso de Carlos Callage citado por Álvaro Villaça Azevedo, que entendeu ser inconstitucional, por violação ao princípio da sujeição do devedor ao pagamento de seus débitos, princípio este preceituado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos LXVII e LIV.⁵⁷

Até a vigência da Lei 8.009/90, o mercado de locação de imóveis seguia o seu curso normal, apesar dos percalços decorrentes da política de habitação do governo. À época servia

55 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em espécie. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 385.

56 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 11 ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 646.

57 HORA NETO, João, op. cit.

como fiador até mesmo o indivíduo que tivesse um único imóvel, mesmo que residisse com sua família, posto que esse imóvel estava sujeito à penhora, na hipótese de inadimplemento por parte do locatário.

Ocorre que o advento dessa Lei prejudicou sobremaneira o mercado imobiliário, na medida em que restringiu as locações em geral, em razão da dificuldade para encontrar fiador proprietário de mais de um imóvel. Por isso, o legislador editou a Lei nº 8.245/91, conhecido como “Lei do Inquilinato”, que acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei nº 8.009/90, ampliando o rol de exceções à impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, tornando, a partir de então, penhorável o imóvel do fiador.

8. A Fiança Locatícia e o Artigo 82 da Lei nº 8.245/91

A fiança consiste numa das espécies mais tradicionais de instrumento de garantia locatícia. Isso se deu a partir da inclusão do inciso VII da Lei 8.009/90 feita pelo artigo 82 da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), segundo o qual a impenhorabilidade não poderá ser oponível em processo de execução por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, de modo que até mesmo o único imóvel residencial do fiador passará a ser penhorável.

O fundamento do acréscimo do VII da Lei nº 8.009/90 está no fortalecimento do mercado imobiliário. Nesse diapasão precisa é a explicação da Genacéia da Silva Alberton, *verbis*:

“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”.⁵⁸

Como supradito, a alteração deveu-se ao lobby dos administradores de imóveis, representantes dos legítimos interesses dos locadores, com vistas a melhorar e expandir o mercado de locações e não restringir as possibilidades de fiança em locação.

Com efeito, a partir da alteração supra referida, vem se decidindo de forma recorrente, no sentido de que, acaso o afiançado (devedor principal, inquilino ou locatário) não pague os aluguéis e, tendo havido a renúncia ao benefício de ordem (como costumeiramente assim ocorre na esteira do art. 828, I do CC), o fiador terá seu imóvel residencial penhorado, por força da exceção prevista no art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90, não mais podendo argüir a exceção da impenhorabilidade.

Contudo, uma vez satisfeito o crédito do credor (locador), o fiador, ainda que se sub-rogue nos direitos do credor (art. 346, III c/c art. 831, 1ª parte do CC), na condição de terceiro interessado, a fim de ajuizar uma ação regressiva em face do afiançado para ressarcir-se, tal regressiva seria infrutífera, visto que o afiançado defende-se argüindo a exceção da impenhorabilidade do seu único imóvel residencial.

Em síntese, o mandamento de impenhorabilidade do imóvel do afiançado (devedor

⁵⁸ HORA NETO, João, *op. cit.*

principal ou inquilino), insculpido no *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, torna suscetível de execução o imóvel residencial de seu fiador (devedor acessório), por força do inciso VII, do art. 3º da referida Lei.

Tal dispositivo revela claramente o absurdo jurídico tutelado pelo legislador, onde o único bem do locatário (devedor principal) está resguardado de eventual execução, enquanto o do fiador (devedor subsidiário) não terá a mesma proteção.

A jurisprudência tutela a impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador tão-somente quando o contrato estipula tempo determinado, ou seja, ainda que a avença contenha cláusula que preveja a renovação automática da locação, até a entrega das chaves, não será válida, em benefício do fiador.

No julgamento do Recurso Especial nº 421.098, em 17/02/2004, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça assim decidiu, fundamentando-se nos artigos 364 a 366 do Código Civil e na Súmula 214 do STJ, posto que a fiança locatícia deve ser interpretada de forma restritiva, não permitindo a extensão da responsabilidade do fiador por período de aditamento ao qual não anuiu expressamente.

9. A Emenda Constitucional nº 26 e o Direito à Moradia

A Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000 ampliou o rol de direitos sociais, incluindo entre eles a moradia, entrando em vigor na data de sua publicação (15.02.2000).

Não obstante a constitucionalidade da exceção prevista no inciso VII da Lei 8.009/90 tivesse sido objeto de controvérsias nas mais diversas instâncias judiciais, a EC nº 26/2000, ao considerar a moradia como um direito social, promoveu uma relevante modificação nessa interpretação, acarretando diversos e acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais.

A partir de sua vigência inaugurou-se uma discussão sobre a possibilidade de o direito à moradia, introduzido pela referida emenda, ter revogado as exceções à cláusula geral de impenhorabilidade, descritos nos incisos I a VII do artigo 3º da Lei 8.009/90.

Ora, a moradia constitui um dos muitos problemas sociais enfrentados por toda a sociedade. Há muito discute-se sobre o tema em diversos ramos da ciência, mormente no campo sócio-político, econômico e jurídico. Não obstante, o entendimento é pacífico, quando se afirma que a moradia é uma necessidade básica do ser humano, vez que a sua ausência torna impossível uma existência com dignidade.

Como direito social que é a moradia, vale destacar o conceito de direito social, lecionado pelo festejado constitucionalista José Afonso da Silva:

“Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, 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. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.⁵⁹

O direito à moradia goza de proteção legal inclusive no âmbito do direito internacional, tutelado por diversas normas, tais como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, e por outros tratados e pactos internacionais, como a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Convenção Relativa ao Estatuto

⁵⁹ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 286/287.

dos Refugiados; o Pacto Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre os Direitos da Criança e na Declaração Sobre Assentamentos Humanos de Vancouver.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25.06.1993, da qual o Brasil é signatário, dispõe em seu artigo 5º, Parte I, que ao Estado incumbe tutelar o direito à moradia. Fundamenta-se no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e preceitua a constituição de legislação, instrumentos, programa e plano de ação sobre a política habitacional, de modo a garantir esses direitos a todos os indivíduos.

Dessarte, no decorrer da presente monografia, não devemos perder de vista o direito à moradia, sob a concepção de direito fundamental, com suas raízes no próprio direito natural elementar de cada indivíduo.

A legislação e os atos do governo devem sempre propiciar a viabilidade social da concretização desse direito como umas das condições para tutelar um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF).

Em tese apresentada sobre o direito à moradia, Fernando Abujamra Aith assesta o problema enfrentado para assegurar a efetividade dos direitos sociais:

“Os direitos individuais possuem mais respaldo jurídico e garantias judiciais efetivas do que os direitos sociais. Enquanto existem instrumentos como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, o princípio da legalidade, entre outros, destinados à garantia do cidadão contra arbitrariedades estatais, verificamos a absoluta falta de instrumentos e garantias jurídicas que protejam, com a mesma eficácia, os direitos sociais, culturais e econômicos. Enquanto os direitos civis e políticos exigem, basicamente, uma abstenção por parte do Estado, os direitos sociais exigem uma ação efetiva do Estado”.⁶⁰

É consabido que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica. Todavia, a norma poderá não ter eficácia social, quando se verifica que no caso concreto não é efetivamente aplicada.

O direito à moradia já estava previsto no artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal, como direito do trabalhador urbano e rural, portanto, um direito essencial, já há muito tutelado pela Carta Constitucional, cuja proteção foi fortalecido com a sua previsão no artigo 6º, que facilitou a exigência de sua concretização.

É necessário consignar que o direito à moradia não necessariamente significa o direito

60 PEREZ, Pablo Luis Barros. O bem de família versus a fiança locatária . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 97, 8 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4341>>. Acesso em: 20 jul. 2008.

à casa própria. Segundo lição de José Afonso da Silva, o direito à moradia significa ocupar um lugar como residência para nele habitar.⁶¹

Por outro lado, o mesmo autor, ensina que a previsão expressa do direito à moradia como direito fundamental demonstra um sentido mais amplo do que a faculdade de ocupar um lugar como residência. Há normas e princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e o direito à intimidade e à privacidade (artigo 5º, X), que devem ser observados, a fim de garantir uma habitação digna e adequada, e a garantia efetiva do direito à inviolabilidade da casa. “Tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido”.⁶²

A despeito de a moradia ter status de direito constitucional, tal previsão não garante efetivamente a habitação a todos, assim como os demais direitos sociais, que para a sua aplicação é necessário que o cidadão recorra ao Judiciário para fazer valer o seu direito expresso.

Assim, o direito à moradia faz parte dos direitos que possuem duas faces: uma negativa (consistente na abstenção do Estado e de terceiros em privar o cidadão de moradia ou impedi-lo de obter uma) e outra positiva (a qual possui caráter de prestação, visto que legitima a pretensão de seu titular à realização do direito através de ação positiva estatal.

“Ela está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização-e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a sua família-, e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente”.⁶³

Com base nesse caráter positivo, parcela da doutrina e da jurisprudência entendem que para a sua aplicação, o direito à moradia necessita de regulamentação, sendo considerada uma norma constitucional de conteúdo programático, não tendo, por si, força para exigir uma prestação positiva estatal.

No entanto, o tema tem gerado controvérsias e o posicionamento da jurisprudência não está pacificado, sendo que outrora o próprio Pretório Excelso o considerou inconstitucional, em face da consagração do direito à moradia e por ferir o princípio da isonomia (vide STF, RE 352940, rel. Min. Carlos Veloso, j. 25.04.2005).

Ora, o que se vê é que o direito à moradia, embora expressamente tutelado na

61 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 314

62 SILVA, José Afonso da, ibid., p. 314

63 SILVA, José Afonso da, ibid., p. 315

Constituição, é negado de forma efetiva pela exceção prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, de modo que o bem de família do fiador torna-se suscetível de penhora. Daí, a necessidade de questionar se não seria um retrocesso a perda do único imóvel por conta de dívidas de outrem.

Utilizando-se da lição de José Afonso da Silva, Chiarini Júnior afirma que a toda norma constitucional, independentemente de ser ou não norma programática, deverá ter um mínimo de eficácia no sentido, ao menos, ser capaz de impedir a promulgação de leis com ela incompatíveis, o que no caso sob análise confrontaria a previsão da penhorabilidade do bem de família com o texto constitucional insculpido no artigo 6º.⁶⁴

Portanto, verifica-se que a introdução da EC nº 26/2000 representou um grande passo para o desenvolvimento social, embora o direito à habitação já possuísse um status de direito social (inciso IX do artigo 23), desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

64 GUEDES, Andrea Farias, op. cit.

10. Controvérsia sobre a Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador Locatício

Com a entrada em vigor da EC nº 26/2000, duas correntes doutrinárias diversas apresentaram suas teses jurídicas, fundamentando-se ambas da hermenêutica constitucional. Essa polêmica ainda não foi encerrada, mesmo após o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O cerne da discussão funda-se em dirimir se o direito à moradia, introduzido pela EC nº 26/2000, é uma norma constitucional de eficácia plena ou de eficácia limitada (ou programática).

Na hipótese de se considerar uma norma constitucional de eficácia plena, por imperativo hierárquico, a ressalva prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, que prevê a impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, estaria de plano revogada, acarretando a sua não recepção pela Constituição Federal.

De outro lado, no caso de se considerar uma norma constitucional de eficácia limitada ou programática, a exceção descrita no artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90 permaneceria em plena vigência e, conseqüentemente, plenamente recepcionada pela Carta Magna.

Uma vez esposado o objeto principal da controvérsia, mister se faz discorrer sobre a eficácia das normas constitucionais, objetivando a melhor compreensão dessa discussão. Assim, impende salientar a classificação da eficácia das normas constitucionais ensinadas pelo eminente constitucionalista José Afonso da Silva, reiteradamente apresentada nos Manuais de Direito Constitucional, explicitado pelo professor André Ramos Tavares, *verbis*:

“São normas constitucionais de eficácia plena aquelas que têm aplicabilidade imediata, e portanto independem de legislação posterior para sua plena execução. Desde a entrada em vigor da Constituição, produzem seus efeitos essenciais, ou apresentam a possibilidade de produzi-los.

Consideram-se normas constitucionais de eficácia contida aquelas que têm igualmente aplicabilidade imediata, irrestrita, comparando-se, nesse ponto, às normas de eficácia plena, mas delas se distanciando por admitirem a redução de seu alcance (constitucional) pela atividade do legislador infraconstitucional. Prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Por isso MICHEL TEMER prefere a designação de "normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível". Enquanto a lei não exista, aplicam-se sem restrições, tal qual assegurado na Constituição. É o que ocorre na previsão do art. 5º, XII, da C.F.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem de regulamentação futura, na qual o legislador infraconstitucional vai dar eficácia à vontade do constituinte. Não produzem, com a simples entrada em vigor da Constituição, consoante o autor, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a

outro órgão do Estado”.⁶⁵

Desta feita, as correntes doutrinárias lançaram suas teses a partir desse ponto de vista constitucional, resultando a divergência em um único ponto: saber se o direito à moradia (direito fundamental e social por excelência) é uma norma de eficácia plena ou é uma norma de eficácia contida (norma programática). Posto isso, vejamos as teses.

10.1. Razões dos adeptos à tese da penhorabilidade

Os sectários dessa tese argumentam que a exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 - que disciplina a penhorabilidade do bem de família do fiador da locação – tem eficácia plena, inobstante o advento do direito à moradia, introduzido com publicação da EC nº 26/2000, expondo, para tanto, cinco razões. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, há doutrinadores que entendem que a penhora do bem de família do fiador é constitucional porque o direito à moradia, em sendo um direito social por excelência, é uma norma constitucional de eficácia limitada (programática).

Comunga com esse entendimento Heitor Mendonça Sica, quando enfatiza que “O primeiro obstáculo que a tese não logra superar é o fato de que a norma do art. 6º da Constituição é programática, isto é, estabelece apenas um horizonte de atuação para o Estado, carecendo de regulamentação, sem a qual não tem eficácia plena.”⁶⁶

Assim, alguns juristas entendem que o artigo 6º da Constituição Federal, que transformou a moradia em direito social, por força da EC nº 26/2000, é norma genérica e subjetiva, dependente de regulamentação, não podendo, portanto, sobrepor-se à lei específica – no caso, a Lei nº 8.009/90, pois do contrário, estaria-se infringindo o princípio da isonomia, direito constitucional descrito no artigo 5º, *caput*, em que determina a igualdade de todos perante a lei.

Vejamos a decisão proferida pelo Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo a esse respeito:

“EXECUÇÃO – PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – FIADOR – DIREITO DE MORADIA (ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EMENDA Nº 26 DE 12 14/02/2000) – REGULAMENTAÇÃO – AUSÊNCIA – CABIMENTO. O direito de moradia introduzido no artigo 6º da Constituição Federal pela Emenda nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, porque não regulamentado na Constituição, como nela previsto (“na forma desta Constituição”), tem caráter exclusivamente programático,

⁶⁵ HORA NETO, João, op. cit.

⁶⁶ HORA NETO, João, ibid.

valendo como um norte para o poder público e o legislador infraconstitucional, mas não tendo eficácia plena enquanto não regulamentado, prevalecendo dessarte as exceções previstas no artigo 3º da Lei nº 8.009/90, norma que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família”. (EI 587.652-02/0 – 4ª Câm. Rel. Juiz Amaral Vieira).

Em segundo lugar, entendem alguns juristas que a penhora descrita no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 tem como escopo fomentar o mercado de locação, que facilita o direito à moradia, especialmente às pessoas de menor poder aquisitivo, que teriam imensa dificuldade para conseguir um fiador com mais de um imóvel, diante da frágil situação econômica vivenciada pela população brasileira, aqui incluída a classe média empobrecida, na hipótese da impenhorabilidade do bem de família do fiador de locação.

Acerca desse posicionamento, alguns juristas sustentam que o direito à moradia não estaria sendo afrontado com a constrição, pois a Lei do Inquilinato, ao garantir a exceção à regra de impenhorabilidade do bem de família, aumentou as garantias locatícias, trazendo menos riscos a essa modalidade de contrato e, por conseguinte, menores preços aplicados no mercado, o que na prática refletiria até mesmo em maior garantia de acesso ao direito de moradia. Tal tese parece ter sido a adotada pelo ministro Cezar Peluso, ao relatar o Recurso Extraordinário 407688, senão vejamos:

“Continua a ser passível de penhora o bem de família pertencente a fiador em contrato de locação. A penhora deste bem de família não viola o disposto no artigo 6º da Constituição, mas com ele se coaduna, já que é modalidade de viabilização do direito à moradia, porquanto atendendo à própria ratio legis da exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8009/1990, facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária”.⁶⁷

Para os partidários dessa tese, a proteção ao bem de família do fiador acarretaria uma redução na oferta de imóveis para locação, bem como uma generalização do uso de “fiadores profissionais”, tornando o mercado de locações uma verdadeira “loteria”, impondo aos locadores a exigência de uma série de garantias. Ademais, poderia fomentar a má-fé dos inquilinos, que propositadamente deixariam de pagar seus aluguéis, diante da certeza de que seus fiadores estariam imunes à constrição judicial, por serem seus bens também impenhoráveis.

Ao discorrer sobre a questão, Maria Cristina Zucchi, ensina que o contrato de fiança busca garantir a satisfação do crédito ao credor, caso o devedor principal não cumpra a sua

67 www.stf.gov.br

obrigação. Preocupa-se em proteger o crédito, a fim de se garantir a segurança jurídica. E preleciona:

“Por mais louváveis e procedentes que sejam os motivos sociais e os atinentes a direitos humanos, quer individuais ou sociais, não podem eles suplantar a credibilidade da garantia dada, ou então estaremos diante de uma farsa, tentando por mágica demonstrar que o que está na lei, em verdade, não está”.⁶⁸

No sentido da penhorabilidade assim verbera Azevedo:

“No caso específico do inciso VII sob análise, o legislador concedeu benefício equivalente ao do direito real de hipoteca, quando o imóvel é dado em garantia da locação; (...) O mesmo acontece com a fiança mobiliária ofertada, que se transmuda em verdadeiro penhor”.⁶⁹

Em terceiro lugar, comungam alguns estudiosos da tese de que continua em vigor a penhorabilidade do bem de família do fiador, pois se fosse inconstitucional a exceção do inciso VII do artigo 3º da dita lei, as demais exceções previstas nos incisos I a VI do referido artigo também resultariam inconstitucionais. Ora, a regra de impenhorabilidade estabelecida pela Lei 8.009 não é absoluta, pois comporta exceções enunciadas na própria norma.

Em quarto lugar, há que entenda que a penhora do bem de família do fiador é constitucional pois não viola o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da CF). Os contratos de locação e de fiança são distintos. É o que se depreende das lições de Heitor Mendonça Vitor Sica:

“O locatário responde pelas obrigações assumidas no contrato de locação, ao passo que o fiador pelo contrato acessório, de garantia. Muito embora o objeto das prestações devidas por ambos seja o mesmo, os contratos que deram origem a elas são diferentes, com requisitos e vicissitudes próprias”.⁷⁰

Apesar de o gravame maior recair sobre o fiador, tal fato, por si só não representaria uma ofensa ao princípio da isonomia, pois as figuras do locatário e fiador possuem natureza jurídica diversa. Nesse viés, tem-se o seguinte aresto:

“Embargos à execução. Penhora. Bem de Família. O fiador argüiu a inconstitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8009/90, com a redação dada pelo artigo 82, da Lei nº 8245/91. Inocorrência. O princípio constitucional que proclama a igualdade de todos perante a lei não foi violado. Como as figuras do locatário e do fiador não se assemelham, não há razão jurídica para suscitar questão de isonomia. Mantida a improcedência dos embargos”. Ap. c/ Rev. 605.973-00/3 - 8ª Câm. - Rel. Juiz RENZO LEONARDI – J.

⁶⁸ DA SILVA, Luciano Sabino, op. cit.

⁶⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça, op. cit., p. 182.

⁷⁰ HORA NETO, João, op. cit.

Para alguns operadores do direito, haveria ofensa ao princípio da isonomia na hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, posto que a aplicação da lei em benefício exclusivo do fiador trataria as partes de forma desigual, ferindo o princípio fundamental do artigo 5º, *caput* da Constituição Federal.

Em quinto lugar, há quem entenda que o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel – e, conseqüentemente, o de arcar com os riscos que acarretam ao fiador. Para os defensores dessa tese, a liberdade de contratar implica em riscos e assim há que prevalecer o princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato deve ser cumprido. Ou seja, se o fiador optou por avalizar um negócio, o fez sabendo dos riscos que corria e, portanto, com eles deve arcar, até porque, em efetuando o pagamento do débito, o fiador ficaria sub-rogado nos direitos do credor, nos termos dos artigos 349 e 831 do Código Civil.

A esse respeito, preciso é o ensinamento de Sílvio Rodrigues, *verbis*:

“Como o inadimplemento das obrigações representa elemento de desequilíbrio na harmonia social, o ordenamento jurídico almeja, e por isso acoroçoa, o seu cumprimento. Proporcionando ao terceiro que paga dívida alheia maiores garantias de reembolso, a lei decerto o anima a resgatá-las”.⁷¹

Corroboram com esse posicionamento alguns julgados, nos quais decidiu-se que, em caso de ação regressiva ajuizada pelo fiador, não poderá o locatário argumentar a proteção da impenhorabilidade de seu bem de família, porquanto esta se trata de uma obrigação decorrente da fiança. Senão vejamos:

“EXECUÇÃO - PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - FIADOR - SUB-ROGAÇÃO NO DIREITO DO CREDOR - IMPENHORABILIDADE DO BEM DO DEVEDOR AFASTADA - CABIMENTO - EXEGESE DO ARTIGO 3º, VII, DA LEI 8009/90 E ARTIGO 988, DO CÓDIGO CIVIL.

O fiador que paga a dívida locatícia do afiançado se sub-roga nos direitos do credor principal, mercê do que, na ação regressiva contra o afiançado, este não poderá invocar a impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei 8009/90, uma vez que se trata de obrigação decorrente da fiança. Interpretação que ensejasse ao afiançado livrar-se do pagamento regressivo ao seu fiador, sob o escudo da impenhorabilidade do bem de família, afrontaria o conceito de justiça e vulneraria o princípio da razoabilidade”. (AI 701.575-00/1 - 5ª Câm. - Rel. Juiz PEREIRA CALÇAS - J. 27.6.2001).

É evidente que, gozando o credor (beneficiário da fiança) do privilégio de não se submeter à eventual alegação do fiador de que os bens sobre os quais pudesse recair a penhora fossem "bem de família" e, pois, impenhoráveis, ao pagar a dívida e sub-rogar-se nos direitos daquele, também, em relação a ele, não poderá o devedor (afiançado) fazer a mesma alegação, visto que a sub-rogação transferiu-lhe os mesmos privilégios e vantagens que a lei confere àquele (artigo 988 do Código Civil c/c o inciso VI do artigo 3º da Lei nº 8.009/90). A relação jurídica que se estabelece

⁷¹ DE ABREU, Marcos Alexandre, op. cit.

entre o fiador que pagou o débito e o devedor original é a mesma que existia entre ele e o credor primitivo, tendo, por força da sub-rogação, havido somente a substituição da pessoa do credor. O pagamento, no caso, não extinguiu a dívida em virtude de perdurar o mesmo vínculo jurídico. (2º TACIVIL - 12ª Câmara; Ap. c/ Rev. nº 440.583-0/7-Indaiatuba; Rel. Juiz Luís de BAASP, 1944/102-j, de 27.03.1996).

Advogam os adeptos dessa tese que como em nosso ordenamento jurídico não existem direitos ilimitados, a exemplo do direito de moradia, subtende-se que as exceções elencadas na Lei da Impenhorabilidade, inclusive a possibilidade de constrição do bem de família do fiador, pode ser entendida como uma medida coerente, na medida em que visa preservar não somente os direitos dos locadores, como da sociedade. Ademais, beneficia o inquilino, pois a locação de imóveis é uma forma de garantir uma moradia.

Defendem, ainda, que a mencionada exceção é constitucional, mesmo que confrontada com o direito à moradia. Sua importância deve ser vista sob o viés do interesse público, senão doutra maneira, não se conseguiria entender as demais ressalvas do artigo 3º contemplados pela Lei 8.009/90, como as oriundas de obrigação alimentícia.

De mais a mais, argumentam os defensores dessa tese que os operadores do direito não devem esquecer-se da chamada “análise econômica do direito”, donde se extrai que as decisões jurídicas não são ilhas isoladas, mas sistemas interligados, com repercussões nas diversas estruturas, fazendo necessário uma grande reflexão, a exemplo dos riscos na oferta do mercado imobiliário frente a eventual previsão de impenhorabilidade do imóvel do fiador.

Além disso, com o intuito de rebater a arguição de inconstitucionalidade, alguns estudiosos entendem que inconstitucional seria a extinção da penhora trazida pela Lei do Inquilinato, uma vez que os direitos sociais são tutelados pelo Estado, visando o bem-estar dos cidadãos. Assim, os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Política, tais como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados, inclusive o direito à moradia, devem ser garantidos pelo Estado, através da implementação de política social, pois não é competência do cidadão isoladamente garanti-la.

Nessa mesma direção é a sentença prolatada pela Exa. Juíza Teresa de Andrade Castro Neves, nos autos dos Embargos à Penhora (Processo nº 2003.001.100274-2 - 17ª. Vara Cível do Fórum Central da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro):

“(…) Quem deve garantir o acesso à moradia é o Estado em parceria com todos os cidadãos, mas não um único cidadão suportar sozinho os riscos para garantir o direito a outro em prejuízo próprio. Assim, entendo perfeitamente válida a constrição

do imóvel utilizado como moradia da família”.⁷².

Argumenta-se, também, que o direito constitucional da propriedade, também considerado fundamental, por estar previsto no art. 5º, *caput* e inciso XXII, importa em usar, gozar, dispor e fruir do que é seu, de modo que a Carta Magna confere legitimidade e guarida ao proprietário de receber os frutos da locação, conferido pelo direito de propriedade e da livre disposição dos bens. Quem dá um imóvel em hipoteca ou concede uma fiança à locação, estará renunciando a proteção legal, o que é permitido pela Carta Maior.

Vale trazer à baila, de forma ilustrativa, algumas decisões de Tribunais de Justiça brasileiros em favor da tese da penhorabilidade. Assim decidiu o Tribunal de Santa Catarina:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. Penhora do imóvel residencial de propriedade do fiador em contrato locatício. possibilidade. alegação de impenhorabilidade do bem de família incabível. recurso provido”. (Acórdão: Agravo de instrumento 2005.023582-8; Relator: Joel Dias Figueira Junior; Data da Decisão: 31/01/2006).

Nessa mesma temática, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se vê em decisão abaixo:

“EXECUÇÃO – Penhora – Imóvel – Moradia – Impenhorabilidade a teor da Lei Federal n. 8.009/90 - Inadmissibilidade - A norma constitucional que inclui o direito à moradia entre os sociais (artigo 6º, da Constituição da República, conforme Emenda Constitucional n. 26/00) não é imediatamente aplicável, persistindo, portanto, a penhorabilidade do bem de família de fiador de contrato de locação imobiliária urbana - Recurso provido”. (Agravo de Instrumento n. 895.547-0/4 - São Paulo – 28ª Câmara de Direito Privado - Relator: Rodrigues da Silva – 24.05.05 – V.U.).

Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Locação – Fiança – Penhora – Bem de família. Sendo proposta a ação na vigência da Lei 8.245/91, válida é a penhora que obedece seus termos, excluindo o fiador em contrato locatício da impenhorabilidade do bem de família. Recurso Provido”. (STJ – REsp 299663/RJ – j. 15/03.2001 – 5ª Turma – rel. Min. Felix Fischer – DJ 02.04.2001, p. 334).

Vale destacar outros precedentes do STJ, nos quais julgou-se válida a penhora do bem de família na fiança locatícia: AgRg no Ag 638339 RS, REsp 645734 DF, REsp 302603 SP (5ª Turma), AgRg no Ag 684447 RJ, REsp 583484 GO, REsp 263114 SP e REsp 63864 PR (6ª Turma).⁷³

⁷² SIMÕES, Geraldo Beire. Não é inconstitucional a penhora do bem de família, por obrigação de fiança concedida em contrato de locação. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 838, 19 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7442>>. Acesso em: 10 julh. 2008.

⁷³ www.stj.gov.br

Portanto, os defensores da penhorabilidade entendem que as exceções devem ser respeitadas, pois a alegação de que esta medida fere os direitos previstos constitucionalmente, gera insegurança contratual, na medida em que retira do contrato a força de lei entre as partes.

10.2. Razões dos Adeptos à Tese da Impenhorabilidade

De outra banda, os partidários dessa posição sustentam que a exceção prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 não tem nenhuma eficácia, em face da inclusão do direito à moradia como um direito social, introduzido pela EC nº 26/2000, sendo esta norma constitucional de plena eficácia e de aplicação imediata, aduzindo, para tanto cinco razões. Senão vejamos.

Primeiramente, o bem de família do fiador locatício é impenhorável porque a EC nº 26/2000 não recepcionou o artigo 3º, inciso VII da Lei nº 8.009/90. O direito à moradia, direito social por excelência, decorre de uma norma constitucional auto-aplicável, de plena eficácia, imediata e direta, relativo à dignidade da pessoa humana, conforme estabelecido no art. 1º, III da CF.

É o que se depreende das lições do festejado constitucionalista José Afonso da Silva:

“Sua existência só por si, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação”.⁷⁴

A proteção constitucional à moradia (art. 6º, *caput*) é curial, pois é uma das exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Assim, a previsão de penhora do bem de família do fiador fere flagrantemente esse princípio, porquanto o direito à moradia foi elevado à condição de direito social.

A tutela ao princípio da dignidade da pessoa humana é visível em inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, o qual entende que a impenhorabilidade do bem de família não visa albergar a família em si, pois o seu objetivo é a proteção à pessoa humana, sua moradia e inclusive a isonomia.

Acerca desse entendimento, antes mesmo da edição da nova Súmula do STJ já havia julgados que protegiam o imóvel residencial de pessoa solteira, em homenagem ao Princípio

⁷⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 467.

da Dignidade da Pessoa Humana.

“PENHORA - Execução - Impenhorabilidade - Imóvel - Residência - devedor solteiro e solitário - Impenhorabilidade reconhecida - Proteção ao direito constitucional da moradia - Lei n. 8.009/90, artigo 1º - CF/88, artigo 6º. "A interpretação teleológica do artigo 1º, da Lei n. 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no artigo 1º da Lei n. 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário". ([EREsp 182.223-SP](#), Corte Especial, DJ de 07/04/2003).

Nessa esteira destacam-se outros julgados: (STJ - REsp. n. 450.989 - RJ - 3ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - J. 13.04.2004 - DJ 07.06.2004); (STJ - [ERESP 182223-SP](#) (REVJUR 306/83, RBDF 18/103, RT 818/158); (RESP 159851/SP; Recurso Especial (1997/0092092-5), Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data da Decisão 19/03/98).

Assim, por força da hierarquia normativa, uma norma maior deve ser aplicada em detrimento de uma norma menor, consoante os ensinamentos de Clito Fornaciari Júnior, *ao* afirmar que “A disposição da Emenda tem incidência imediata, como é próprio dos preceitos constitucionais, atingindo, destarte, a norma infraconstitucional que com ela é incompatível, não sendo, desse modo, recepcionada.”⁷⁵

Vejamos a seguinte posição jurisprudencial acerca da proteção constitucional desse direito social:

“PROCESSUAL CIVIL – CIVIL –CONSTITUCIONAL-AÇÃO DE EXECUÇÃO – PENHORA – FIADOR –DESCONSTITUIÇÃO DA CONSTRICÃO JUDICIAL DOS BENS - IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, da lei 8009/90, ACRESCIDO PELO ART. 82 DA LEI N.º 8.245/91- NORMA NÃO RECEPCIONADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 26/2000- ELEVAÇÃO DA MORADIA COMO DIREITO SOCIAL – AGRAVO IMPROVIDO – MAIORIA . A nova ordem constitucional, emanada pela Emenda n.º 26/2000, merece a reflexão dada pelo Il. Magistrado “a quo”, ao considerar como não recepcionados os preceitos infraconstitucionais que cuidam sobre a exclusão do benefício da impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador e dos bens que guarnecem a casa. Com efeito, ao alçar a moradia a direito social do cidadão, considerou o legislador constituinte as atuais condições de moradia de milhões de brasileiros, que vivem em situação deprimente e que configuram verdadeira ”chaga social” para grande parte das metrópoles do País”. (Brasília – Agravo de Instrumento 2000.00.2.003053-2-Relator: Des. Lecir Manoel da Luz. DF. Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça. Maioria. Data do julgamento:13 de novembro de 2000).

Em segundo lugar, o bem de família do fiador de locação é insuscetível de penhora porque a sua previsão viola o Princípio da Isonomia (art. 5º, *caput* da CF). A exceção descrita

75 HORA NETO, João, op. cit.

no inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, introduzida pela Lei nº 8.245/91, afrontou o princípio isonômico, tratando desigualmente os iguais e olvidando o brocardo “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”, que em vernáculo significa “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”.

A esse respeito, bem afirma a Desembargadora do TJ/RS, Genacéia da Silva Alberton, *in verbis*:

“Basta examinar a situação legal prevista para o fiador em relação ao devedor principal para ocorrer o estranhamento: o imóvel do devedor principal é impenhorável, não o é, todavia, o do fiador e isso por força de exceção legal! É difícil, efetivamente, admitir que, nós operadores, não percebamos, pela mera leitura do texto legal, que há uma flagrante injustiça e a inobservância de princípio constitucional da isonomia que lhe retira a validade”.⁷⁶

Ora, a previsão de penhora do bem de família do fiador locatício ofende o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), pois não é justo e lícito que o fiador (que, nos termos do art. 827, é em regra, devedor subsidiário ou garantidor) assuma obrigações mais onerosas do que o afiançado (devedor principal), ainda que aquele (fiador) renuncie ao benefício de ordem (art. 827 c/c art. 828, I). A fiança é um contrato acessório e, por isso, não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação). A obrigação de ambos tem a mesma base jurídica: o contrato de locação.

Consoante elucida Sérgio André Rocha Gomes da Silva:

“Nota-se então que o fiador e devedor são responsáveis pela mesma prestação, o locatário como devedor principal e o fiador como devedor subsidiário ou solidário, conforme o caso. Dessume-se do que foi acima explanado que, quando a prestação a que se encontra vinculado o fiador é a mesma a que se encontrava vinculado o locatário, não poderia o legislador estabelecer distinções entre eles, sob pena de infringir o Princípio da Isonomia”.⁷⁷

Gagliano e Pamplona Filho, fortes representantes do chamado Novo Direito Civil, assim também entendem, quando asseveram que:

“À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil -, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia esculpido no art. 5º da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenha a mesma causa jurídica: o contrato de locação”.⁷⁸

⁷⁶ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=481>. Acesso em 05 agost. 2008.

⁷⁷ SANGOI, Tricia Schaidhauer. O Supremo Tribunal Federal na contramão da reconstrução da dogmática do Direito Privado. http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/tricia_schaidhauer_sangoi.pdf. Acesso em: 08 jul. 2008.

⁷⁸ DA SILVA, Luciano Sabino, op. cit.

Em terceiro lugar, o bem de família do fiador locatício não deve sujeitar-se à penhora, pois a exceção descrita no inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90 destoa das demais exceções previstas nos incisos I a VI do mesmo dispositivo. Estas tutelam valores a serem preservados, por estarem em um nível superior ou igual à proteção do bem de família, como é o caso da proteção do crédito trabalhista e do crédito alimentar (incisos I e III); a obrigação derivada da aquisição do próprio imóvel (inciso II); a obrigação tributária (inciso IV); a obrigação como garantia real (inciso V) e aquela decorrente de ato ilícito (inciso VI).

Da análise desses dispositivos, resta evidente, para essa corrente, que a exceção da impenhorabilidade decorrente de fiança deveu-se aos reclamos do mercado de locação.

Em quarto lugar, a exceção à impenhorabilidade aplicada ao fiador locatício fere o princípios da boa-fé objetiva, estabelecido no art. 422 do Código Civil e no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. Os contratos de locação, no mundo atual, são celebrados não sob a forma paritária, mas majoritariamente sob a modalidade adesiva, ou seja, constituídos sob a forma de contrato de adesão.

Ora, é cediço que as cláusulas já se encontram impressas, estipuladas pelo contratante economicamente mais forte (no caso, o locador), mediante instrumentos escritos, e são colocados à disposição do locatário e do fiador para um único ato: ou os aceitam em bloco ou os recusam por inteiro.

A esse respeito bem ensina o eminente doutrinador Venosa (2005, p. 411 e 413):

“A automatização do contrato não inibe nem dilui os princípios de boa-fé, relatividade das convenções e obrigatoriedade e intangibilidade das cláusulas. As regras de investigação interpretativa é que devem ser diversas. O elemento objetivo do contrato, em se tratando de contratos de massa, ganha proeminência sobre o elemento subjetivo.

(...) A necessidade de criar situações negociais homogêneas e numerosas predispõe, portanto, um esquema contratual, isto é, um complexo uniforme de cláusulas. Esse contrato standard, por mimetismo e pela lei do mínimo esforço, atinge também as relações essencialmente paritárias. Exemplo disso são os contratos de locação de imóveis, cujos impressos são vendidos em larga escala”.⁷⁹

De conseguinte, como é óbvio, à luz da lógica do mercado, nesses contratos já há cláusulas predispostas, nas quais o fiador, na maioria das vezes renuncia ao benefício de ordem, tornando-se um devedor solidário, sem sequer ser advertido sobre as conseqüências da contratação, ou seja, da possibilidade de vir a ser executado seu bem de família para adimplir uma dívida de outra pessoa (no caso, do inquilino).

79 VENOSA, Sílvio de Salvo. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. V. 2, 5ªed., 2005, São Paulo, Ed. Atlas, p. 411 e 413.

Sabe-se que o mercado locatício, em regra, utiliza o contrato de adesão através das imobiliárias. Assim, o fiador fica prejudicado, uma vez que não poderá ajuizar uma regressiva contra o devedor principal, uma vez que o imóvel deste está amparado pela impenhorabilidade.

Nesse sentido, assim leciona a Desembargadora do TJ/RS, Genacéia da Silva Alberton, *in verbis*:

“Sabe-se que os contratos de locação são efetivos contratos por adesão, com termos já impressos, padronizados, onde o fiador assina, abre mão do direito de ordem, assume obrigação de forma solidária e não tem expressa a advertência de que o seu imóvel residencial está sujeito à garantia de dívida que eventualmente ocorra por inadimplemento do afiançado. Não sabe o fiador as nefastas conseqüências que poderão advir para si em decorrência da sua posição no contrato a não ser quando é chamado a juízo em execução. O contrato de locação e as renúncias do fiador não deixam dúvida que os documentos, como são formulados, têm caráter adesivo, sem a possibilidade de discussão dos seus termos. Importante, assim, será destacar o que caracteriza essa adesividade”.⁸⁰

Vê-se, portanto, a importância do princípio da boa-fé objetiva como elemento norteador na interpretação dos negócios jurídicos, tutelado pelo Código Civil, em seu artigo 113. Esse princípio deve ser a base de todas as relações, tanto no âmbito matrimonial, patrimonial (vinculada à posse e à propriedade) ou às relações de consumo. O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 46, dispõe que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores se os instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Credie defende a inconstitucionalidade desse inciso, pois fere o direito à moradia, elevado à categoria de direito fundamental pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000.⁸¹

Em quinto lugar, há quem defenda que essa exceção à impenhorabilidade ofende o Princípio da Função Social dos Contratos, conforme ensina o Professor Flávio Tartuce, outro grande defensor do Direito Civil Constitucional:

“Por esse princípio os contratos devem ser interpretados de acordo com o contexto da sociedade, o que constitui um regramento de ordem pública e com fundamento constitucional, o que pode ser retirado dos arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do novo Código Civil e da tríade dignidade-solidariedade-igualdade. (...) O direito constitucional à moradia acaba limitando a autonomia privada, portanto”.⁸²

Para corroborar tal assertiva, o insigne Mestre cita ainda o Enunciado nº 24, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe:

⁸⁰ ALBERTON, Genacéia da Silva, op. cit.

⁸¹ CREDIE, Ricardo Arcoverde., op. cit., p. 76.

⁸² DA SILVA, Luciano Sabino, op. cit.

“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”.⁸³

Vejamos de forma ilustrativa algumas decisões de Tribunais de Justiça brasileiros. Nesse prisma, assim decidiu o Tribunal de Santa Catarina:

“EMENTA: Civil e Processual Civil - embargos à execução de título extrajudicial lastreada em contrato de locação - penhora incidente sobre bem imóvel dos fiadores - bem de família - impenhorabilidade - prevalência dos princípios constitucionais insculpidos na emenda n.º 26/00 sobre o disposto no inciso vii do art. 3º da lei 8.009/90 - decum monocrático que tornou ineficaz a constrição - irreparabilidade ante o acerto - recurso desprovido”. (Acórdão: Apelação Cível 2003.019743-5, Relator: Marcus Túlio Sartorato, Data da Decisão: 31/10/2005).

Nessa mesma temática, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. I - Inadmitem-se as preliminares argüidas em contra-razões à minguada do necessário pre-questionamento, porquanto não foram objeto de discussão pelo e. Tribunal a quo (Súmula nº 282 do Pretório Excelso). II - Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000). Recurso provido”. (Acórdão: REsp 745161 Relator: Ministro Felix Fischer DJ 26.09.2005 p. 455 Decisão: 18/08/2005).

Na mesma esteira já decidiu o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“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 dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (Acórdão: Recurso Extraordinário 352.940-4 São Paulo; Relator : Min. Carlos Velloso; Decisão: 25/04/2005).

Para corroborar essa tese, ressalte-se outras referências jurisprudenciais no sentido da inconstitucionalidade da penhora: REsp 745161/SP, REsp 631262/MG, REsp 699837, REsp 796597 (todas da 5ª Turma do STJ) e RE 415563 SP, RE 349370 SP, RE 415626 SP .

A partir da análise dessas decisões que são favoráveis à impenhorabilidade do bem de família do fiador, vê-se claramente o Princípio da Função Social do Contrato, que protege o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III) e o direito fundamental à moradia

⁸³ DA SILVA, Luciano Sabino, op. cit.

(artigo 6º), previstos constitucionalmente.

Assim, a corrente favorável à impenhorabilidade está em consonância com as premissas de um Estado Social, que prevê a força normativa da Constituição e pressupõe o bem-estar social.

É indispensável que o intérprete reordene valorativamente o Direito Civil em conformidade com Constituição. A questão da penhora do bem de família do fiador deve ser interpretada à luz dos valores e princípios constitucionais, mormente em consonância com a função social do contrato e com a dignidade da pessoa humana.

A própria Carta Magna protege a família, em seu artigo 226, quando estabelece que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E, ainda, no § 8º do mesmo artigo assegura a assistência a todos os membros da família, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Vale destacar o posicionamento da Desembargadora do TJ/RS, Genacéia da Silva Alberton, verbis:

Chama a atenção, todavia, o fato de que nós, operadores do Direito, admitamos a presunção de uma realidade que não está expressa contratualmente. Supõe-se que o fiador, ao aceitar ser fiador do locatário tem ciência de que seu único bem imóvel está sujeito à execução por eventual inadimplemento. Mera suposição, porque raramente no contrato está expressa a indicação do imóvel como garantia. (...) Exatamente, supor que o fiador ofereceu em garantia o seu imóvel residencial para pagar valor referente a eventual inadimplemento do afiançado é mera presunção, isto é, considerar verdadeiro aquilo que é provável em face do costume de mercado. Aliás, a lei não refere à indicação do bem, ela apenas afasta a impenhorabilidade de imóvel que sirva de residência para o fiador e sua família em virtude de obrigação decorrente de fiança. Portanto, diante do texto normatizado, basta ser fiador em contrato de locação para que esteja com seu bem imóvel residencial sujeito à penhora. Aliás, a favor daqueles que se sentem seguros em manter-se firmes ao texto legal, ainda há a presunção irrealista de que todos conhecem a lei”.⁸⁴(grifo nosso).

Desta feita, deduz-se que o direito à moradia - direito fundamental de 2ª geração ou direito social – deve ser tutelado pela regra geral da impenhorabilidade, eis que é a residência familiar. A moradia é um direito fundamental de todos, tanto de locatários como de fiadores. Portanto, o manto da impenhorabilidade deve ser estendido a ambos (locatários e fiadores) e não somente sobre o bem de família do inquilino, deixando ao desamparo o bem de família do fiador, passível de execução.

84 ALBERTON, Genacéia da Silva, op. cit.

11. A Recente decisão do Supremo Tribunal Federal

Recentemente, precisamente no dia 08 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário nº 407688-SP, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, por maioria de votos (7 votos a 3), negou provimento ao Recurso Extraordinário e, por conseguinte, manteve a decisão do Tribunal de Alçada, que determinou a penhora do bem de família do fiador.

No recurso, o fiador M.J.P. contestou a decisão do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que havia determinado a penhora de seu único imóvel para adimplemento de dívidas oriundas de contrato de locação. Entendeu o Tribunal que a Lei nº 8.009/90 protege o bem de família, todavia fez algumas ressalvas, dentre as quais destaca-se a penhora do único imóvel do fiador de contrato de locação, quando do inadimplemento do locatário (art. 3º, inciso VII).

Na casuística, o argumento do recorrente (o fiador) era de que a exceção do artigo 3º, inciso VII da Lei nº 8.009/90 feria de morte o artigo 6º da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 26/2000, que incluiu a moradia no rol dos direitos sociais, amparados constitucionalmente. Entretanto, o Plenário acompanhou o voto do ministro relator Cezar Peluso e negou provimento ao Recurso Extraordinário, mantendo a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador.

Vejam os excertos da referida decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de Procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc VII, da Lei nº 8.009/90, com redação da Lei nº 8.245/91. Recurso Extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da lei nº 8245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República”. (RE 407.688, Plenário, 08.02.2006, Cezar Peluso, DJ 06.10.2006).

O STF decidiu que o único imóvel (bem de família) de um indivíduo que assume a qualidade de fiador em contrato de locação pode ser penhorado, quando da hipótese de inadimplemento do inquilino.

Para Cezar Peluso, além da liberdade de escolha pelo fiador em garantir ou não o contrato, a regra da penhorabilidade não conflita com o direito social de moradia estabelecido na Constituição, vez que o exercício desse direito pode ser obtido através de outras ações do

Estado.

Acrescenta, Peluso, que o direito à moradia não está restrito somente aos proprietários, pois caso se extinguisse a penhora do bem de família do fiador, acabaria se restringindo as formas de garantias locatícias. O direito social à moradia estará sendo assegurado mediante a implementação de normas que estimulem ou favoreçam a oferta de imóveis para fins de locação habitacional, através da previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. Ou seja, se a norma jurídica assegurar ao locador que o valor dos alugueis será garantido, a oferta de imóveis para locação aumentará e, por conseguinte, se tornará eficaz o direito constitucional à moradia.

Em sentido contrário, os Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello entenderam que a Constituição, em seu artigo 6º, ampara a família e a sua moradia. Trata-se de direito fundamental de 2ª geração e, por isso, o bem de família do fiador para penhora é indisponível.

Em seu voto assim se manifestou o ministro Eros Grau:

“A impenhorabilidade do imóvel residencial é instrumento da proteção do indivíduo e sua família, quanto a necessidades materiais, de sorte a prover sua subsistência. A propriedade, quando exista, consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal, é garantida pela generalidade das constituições do nosso tempo (...)”.

Segundo o Ministro Eros Grau, a regra da penhorabilidade do bem de família do fiador não foi recepcionada pela EC nº 26/2000, concluindo que os impactos negativos da decisão que proibissem a penhorabilidade do bem de família do fiador no mercado de locações imobiliárias não seria razão para afastar os preceitos constitucionais de moradia e isonomia, posto que “não irão faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional”⁸⁵.

Por seu turno, o Ministro Joaquim Barbosa negou provimento ao recurso, entretanto com base em fundamentação diversa do Ilustre Relator Cezar Peluso. Argumentou que a controvérsia dos autos restringia-se a um conflito entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à moradia e de outro, o direito à liberdade, ou seja, à autonomia da vontade, que no caso concreto, exterioriza-se pela faculdade que cada um tem de obrigar-se contratualmente. No caso em comento, a violação de direitos fundamentais se deu numa relação entre particulares, tipicamente de direito privado, denominada relação horizontal.

Salientou, o Ministro, que o objeto em litígio é relativo à decisão de prestar fiança,

85 Voto do Relator- Recurso RE407.688/SP.

manifestação da liberdade do direito de contratar e o direito fundamental de moradia. Asseverou que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, tendo em vista que em determinadas hipóteses, um prevalecerá em favor do outro. Em seu voto, assim se posicionou o Ministro:

“Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que 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 8009/1990, inserido pela Lei 8245/1991, que prevê a possibilidade da penhora do bem de família no caso de fiança em contrato de locação e a Constituição Federal”.

86

Por seu turno, o Ministro Carlos de Britto seguiu o voto divergente do ilustre Ministro Eros Grau, entendendo que a moradia é uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e sua família, direito indisponível, e não potestativo, não podendo sobrepor o contrato de locação sobre a habitação.

Na seqüência do julgamento, os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Marco Aurélio acompanharam o voto do Relator Ministro Cezar Peluso.

Vejamos excerto do voto da Min. Ellen Gracie:

“Já que nesses casos, a impenhorabilidade do bem de família objetiva não apenas defender a pessoa individual daquele responsável pela obrigação, mas, sim, o núcleo familiar. Pondero esse valor. Mas pondero também, com base nas razões brilhantemente desenvolvidas pelo Ministro Cezar Peluso, que a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locações”⁸⁷

O Ministro Gilmar Mendes ressalta a importância de um princípio, que embora não apareça no texto constitucional, é elementar: o Princípio da Autonomia Privada ou da Autodeterminação das pessoas, que integra a própria idéia ou direito de personalidade.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, ressaltou que o litígio suscitado revela uma instigante discussão de grandiosa importância constitucional, qual seja, a eficácia do direito à moradia. Concluiu o seu voto acompanhando o voto divergente do Ministro Eros Grau, dando provimento ao recurso, sob o fundamento de que os objetivos constitucionais, insculpidos no art. 3º coloca o indivíduo no vértice do ordenamento jurídico, devendo os demais ramos jurídicos se adequar aos princípios da Carta Magna.

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o voto do relator, reconhecendo, na ocasião, a importância da controvérsia. Ressaltou que não se tratava de ceder às pressões do

86 Voto do Ministro Joaquim Barbosa, RE 407.688/SP.

87 Voto da Ministra Ellen Gracie, RE 407.688/SP.

mercado imobiliário, mas levar em consideração a realidade circuncidante da questão constitucional.

Para o Ministro, a decisão de impenhorabilidade pelo Judiciário prejudicaria os inquilinos, que veriam a diminuição da oferta de alugueis de imóveis, e teriam que recorrer a bancos, o que seria inacessível a muitos.

Em continuidade ao julgamento, o Presidente e Ilustre Ministro Nelson Jobim acompanhou o voto do relator, também negando provimento ao recurso.

Apesar de os Ministros do Supremo negarem que a decisão pela penhorabilidade do único imóvel do fiador baseou-se nas especulações sobre os impactos negativos do mercado locatício, não resta dúvida que a decisão teve caráter nitidamente mercadológico.

Lamentavelmente, mais uma vez um direito fundamental, como o direito à moradia, não foi reconhecido no caso concreto. E o que é pior, tal decisão procede do Pretório Excelso, órgão responsável pela guarda e aplicação da Carta Constitucional pátria.

Dessarte, a decisão que acatou a corrente da penhorabilidade do bem de família do fiador se afasta da nova dogmática do direito privado. O não reconhecimento do direito à moradia, estabelecido no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal pela Corte Suprema, demonstra que ainda existe uma resistência muito forte por parte de nossos juristas no momento de se aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas, opondo-se, claramente, à evolução do direito civil.

Entretanto, essa decisão, contestada por muitos, parece não ter posto fim à discussão, eis que o próprio Supremo já proferiu decisões em sentido oposto, manifestadas nos Recursos Extraordinários de nº 352940 e 449657.

De forma brilhante, o Ministro Carlos Velloso assim justifica a sua defesa pela inconstitucionalidade da previsão legal, *in verbis*:

“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 dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

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 o velho brocardo latino: *uni eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a 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”. (RE 352940/SP - DOU 09/05/2005, rel. Min. Carlos Velloso).

Assim, resta cristalino que a decisão que constitui a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação é flagrantemente inconstitucional, não obstante parcela da doutrina e da jurisprudência entendam no sentido de que tal dispositivo legal seja constitucional.

12. O Contrato de Locação, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil

Esse tópico discorrerá sobre a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do contrato de locação. Eis a indagação: o contrato de locação, hodiernamente difundido nas médias e pequenas cidades brasileiras, deve ser classificado como um contrato paritário ou como um contrato de adesão?

Antes de responder essas questões, mister se faz discorrer os conceitos das respectivas modalidades contratuais.

Conforme o magistério de Carlos Roberto Gonçalves, contrato paritário:

“É aquele do tipo tradicional, em que as partes discutem livremente as condições, porque se encontram em situação de igualdade (par a par). Nessa modalidade há uma fase de negociações preliminares, na qual as partes, encontrando-se em pé de igualdade, discutem as cláusulas e condições do negócio”.⁸⁸

Em que pese ao contrato de adesão, o insigne professor Sílvio Rodrigues assim o define:

“Contrato de adesão, nome que lhe deu SALEILLES, é aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contraente aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro”.⁸⁹

Verifica-se que a principal distinção entre ambos é que, ao contrário do contrato paritário, o contrato de adesão não possui fase pré-negocial, visto que já há uma predisposição unilateral das cláusulas contratuais por uma das partes, restando ao outro contratante tão-somente aderir ou não às cláusulas, em bloco.

Conforme ressalta a doutrina, no contrato de adesão persiste uma mínima liberdade de contratar, de modo que ao contratante economicamente mais fraco, resta uma mínima parcela de liberdade para obter a prestação do serviço ou a aquisição do objeto. Apesar disso, essa espécie de contrato é um poderoso instrumento de contratação na sociedade moderna, cada dia mais massificada, consumista e complexa.

O magistrado e professor João Hora Neto a esse respeito assim preleciona, *verbis*:

“E nesse diapasão, pois, não é outro raciocínio que se opera em relação ao contrato de locação residencial – qual seja, de que se trata de um contrato de adesão, ficando afastado, obviamente, o tipo contratual da locação não residencial. A meu juízo, pois, entendo que a contratação locatícia hodierna, em larguíssima hipótese, é regida sim sob a modalidade adesiva e não paritária, até porque os

88 HORA NETO, João, op. cit.

89 HORA NETO, João, ibid.

contratos locativos são celebrados com a interveniência das administradoras de imóveis, ou seja, de empresas imobiliárias, as quais redigem as condições e cláusulas previamente e unilateralmente, impondo ao locatário e fiador – estes na condição de aderentes – todas as estipulações contratuais, restando apenas aos contratantes mais fracos (os oblatos) a liberdade mínima ou nenhuma de liberdade de contratar, haja vista que aos aderentes só lhes sobram uma única alternativa: aderir em bloco ou recusar em bloco, sendo que, na prática, quando assinam o contrato, sequer o lêem ou compreendem o seu conteúdo”.

(...) À vista disso, pois, entendo que o contrato de locação residencial além de ser um contrato de adesão é também um contrato de consumo, pelo que deve ser aplicado ao mesmo o Código de Defesa do Consumidor, em consonância dialógica com o Código Civil e, como lógico, com a principiologia constitucional.

Assim, em corolário, em sendo o Código de Defesa do Consumidor uma lei principiológica, um microsistema jurídico, toda a sua principiologia de ordem pública e cogente, materializada pelos princípios da boa-fé objetiva (art. 4º inciso III); da transparência (arts. 4º caput e 46); da confiança (arts. 12, 17 e 18); do equilíbrio contratual (art. 4º inciso III); da proteção contra cláusulas abusivas (art. 6º inciso IV); da revisão de cláusula ou do contrato do consumo (art. 5º inciso V), dentre outros, devem sim ser aplicados em sede de contratos de locação residencial, em total sintonia com a moderna principiologia contratual civilística – naquilo que a doutrina denomina de "diálogo das fontes" -- muito bem estampada pelo Novo Código Civil, a saber: o princípio da função social do contrato(art. 421); o princípio da boa-fé objetiva(art. 422, 187 e 113) e o princípio do equilíbrio material do contrato, que busca amparar o contratante mais vulnerável, o aderente(arts. 423 e 424), afora, é lógico, a principiologia constitucional que ilumina o direito civil moderno”.⁹⁰ (grifo nosso)

É pertinente o posicionamento do iminente magistrado João Hora Neto. De fato, tanto o locatário como o fiador são eminentemente consumidores, quando contratam via administradoras de imóveis ou empresas imobiliárias e se utilizam de um produto (imóvel), por determinado período, como destinatário final, através da contrapartida de uma remuneração (aluguel) paga ao fornecedor do produto (locador-proprietário do produto).

As partes celebram o instrumento, nos moldes do *pacta sunt servanda*, de modo que o contratante mais fraco (locatário e fiador) adere às cláusulas, na maioria das vezes abusivas, obscuras, ambíguas, sem ser advertido previamente pela outra parte (locador) sobre o real significado da renúncia ao benefício de ordem, em sede de fiança e a possibilidade de vir a ser penhorado o seu único imóvel residencial (bem de família), na hipótese de não adimplemento dos alugueis pelo locatário. E o que é pior, ainda que ajuíze uma ação regressiva em face do locatário, este nada pagará, visto que seu único bem imóvel está protegido pela impenhorabilidade.

Sem dúvida, essa advertência deveria estar inscrita com letras garrafais nos contratos de locação, o que não ocorre na prática, eis que, em geral, as cláusulas são escritas de forma obscura, levando o fiador a assinar o contrato por mera amizade ou movido pela relação de

⁹⁰ HORA NETO, João, op. cit.

parentesco, visto ser a fiança, em regra, um contrato benéfico⁹¹.

Apesar da grande resistência na doutrina e na jurisprudência em admitir a natureza consumerista do contrato de locação residencial, sólida posição doutrinária defende tal tese, a exemplo das lições da insigne Cláudia Lima Marques, que assim aduz:

“O contrato mais importante, porém, é o contrato de locação de imóvel. Tratando-se de locação comercial a aplicação do CDC fica afastada, mas tratando-se de locação residencial a aplicação das normas protetivas do CDC será a regra, como concorda a jurisprudência. No caso, trata-se, nas grandes cidades, de contratos de adesão elaborados pelas Imobiliárias; nas pequenas cidades, de contratos de locação ainda paritários e discutidos com cada inquilino. O importante é caracterizar a presença de um consumidor e de um fornecedor em cada pólo da relação contratual”.⁹²

Com efeito, não há dúvida de que o contrato de locação residencial é um contrato de adesão por excelência, amplamente utilizado pela sociedade atual. Ademais, é um contrato de consumo, devendo ser regido pelo Código de Defesa do Consumidor.

91 SEGALLA, Alessandro Schirrmester. *Da possibilidade de utilização da ação de despejo pelo fiador do contrato de locação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10149>>. Acesso em: 10 out. 2008.

92 HORA NETO, João, op. cit.

14. CONCLUSÃO

Sopesados os argumentos que justificam as posições favoráveis ou contrárias à possibilidade da penhora de bens de família do fiador, conclui-se que, conquanto hajam fundamentados entendimentos para ambas as correntes de pensamento, a tese de inconstitucionalidade deve prevalecer.

Parece-nos evidente que a exceção à regra da impenhorabilidade estabelecida na Lei nº 8.009/90 não foi recepcionada pela Constituição Federal, que tutelou a moradia como um direito social e fundamental de 2ª geração. Ora, é inadmissível a prevalência da garantia de pagamento de um crédito locatício, em detrimento de um direito constitucional.

No tocante ao argumento de que a norma advinda da EC nº 26/2000 possui natureza programática, necessitando de regulamentação, vale lembrar o escólio do insigne constitucionalista e professor Alexandre de Moraes, *in verbis*:

“A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas conseqüências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício”.⁹³

Com efeito, a justificativa do Judiciário em negar provimento a argüição do fiador, sob o fundamento de morosidade do Legislativo em regulamentar o direito à moradia como direito social, por ser norma de conteúdo programático, é inadmissível.

É contraditório o magistrado aceitar o argumento de que a moradia do fiador é um direito fundamental e ao mesmo tempo penhorar o seu bem, com base na Lei 8.009/90, de conteúdo infraconstitucional, vez que até mesmo uma norma programática tem força para declarar a inconstitucionalidade de uma lei. O juiz não está obrigado a aplicar uma norma hierarquicamente inferior, contrária aos ditames constitucionais, somente por ser uma norma vigente.

O instituto possui grande relevância jurídica, tendo em vista a diversidade de opiniões na doutrina e a divergência em decisões proferidas pelo Judiciário, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Dessarte, algumas considerações devem ser feitas, destacando-se, no entanto, a complexidade e importância do assunto para a Ciência Jurídica e para a sociedade em geral.

93 MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, Ed. Atlas S. A., 17ª edição, 2005, p. 178.

O direito à moradia é inerente à dignidade da pessoa humana, preceito consagrado na Constituição Federal e, portanto, de aplicação imediata. A princípio, a Lei 8.009/90 surgiu como uma forma de tutelar o imóvel residencial da família, vez que esta é amparada constitucionalmente como a base da sociedade.

Entretanto, há que se ressaltar que a importância social do bem de família excede a proteção do imóvel familiar, pois também abrange o imóvel pertencente às pessoas solteiras, separadas e viúvas. Esse entendimento já está sedimentado no STJ, pois recentemente aprovou a Súmula nº 364, concluindo que a Lei 8.009/90 visa tutelar o direito de moradia de toda a pessoa humana.

A resistência da doutrina e da jurisprudência em adotar a tese da inconstitucionalidade desse dispositivo legal deve-se ao fato de nosso país não possuir tradição constitucionalista, reflexo da época liberal-individualista e patrimonialista, em que o Direito Constitucional e o Direito Civil não se comunicavam.

A realidade fática, no atual contexto social, exige que a aplicação do Direito Civil não mais se dê nos moldes do Direito Romano ou Código de Napoleão, mas sim numa visão ampla, sob a égide dos princípios constitucionais, buscando-se até o fim a justiça social. Acreditamos que não se pode mais encarar a realidade contemporânea pela visão formal e individualista do antigo Diploma Civil.

Em se tratando de tema complexo, entende-se que mesmo após a manifestação da Corte Suprema, não se deve encerrar a discussão. Ao revés, os votos divergentes dos Ministros e a edição da nova súmula do STJ demonstram que se tem muito a debater, para encontrar uma solução adequada, de modo a não divorciar o direito dos ideais de justiça.

Com todo respeito aos insígnies Ministros, a decisão pela penhorabilidade do bem de família do fiador revela que o Supremo está em total dissonância com a evolução do direito civil, desconsiderando a inevitável constitucionalização do direito privado.

Uma coisa é parcela da jurisprudência e da doutrina seguir uma orientação legal, positivista, adotando a linha de pensamento do mercado locatício, diante de nosso histórico de jurisdição; outra é o Supremo Tribunal Federal, o mais alto órgão de jurisdição constitucional, ceder aos imperativos do mercado imobiliário, em detrimento do direito social de moradia, protegido pela Carta Maior.

Parece-nos que a penhorabilidade do bem de família do fiador é indevida e injusta, pois a norma que a estabeleceu confronta-se em diversos pontos com princípios da Carta

Magna pátria e com o sistema principiológico do Direito Contratual contemporâneo, pelo que se conclui pela sua inconstitucionalidade.

Ora, é competência do Supremo fazer cumprir a Constituição e garantir um mínimo de dignidade ao ser humano. Cremos que a jurisdição constitucional e a análise de todos os demais ramos do direito à luz da Carta Política é o caminho para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Contudo, isso somente ocorrerá se os aplicadores do direito acompanharem a evolução do mundo contemporâneo.

É imperioso que nossos tribunais julguem litígios de Direito Civil em consonância com o Texto Maior. O contrato deve preservar essa concepção, bem como os dispositivos estabelecidos nos artigos 421 e 2015, parágrafo único do Diploma Civil. Em outras palavras, o julgador não pode esquecer-se do princípio da função social do contrato, uma norma de ordem pública.

A previsão legal da penhora oriunda de fiança concedida em contrato de locação não se coaduna com esse princípio e tampouco com o direito fundamental de moradia, que limitam a autonomia privada. Daí, divergirem tanto a doutrina quanto a jurisprudência acerca da constitucionalidade dessa lei, especialmente em face do princípio da função social do contrato.

Conforme já mencionado alhures, a função social do contrato não elimina o princípio da autonomia contratual, porém reduz o seu alcance, quando presentes interesses metaindividuais ou interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana.

Atualmente, o direito de propriedade deve ser interpretado em consonância com o princípio da função social da propriedade. A lei não define parâmetros para se saber se uma propriedade cumpre ou não com a sua função social. Assim, o juiz não pode proferir qualquer decisão que envolva propriedade sem primeiramente avaliar a sua função social.

A Carta Política, em seu artigo 170, tutela a propriedade privada e a função social da propriedade diante de eventual oscilação do mercado, tendo em vista que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II-propriedade privada; e III-função social da propriedade”. Ademais, a Constituição da República assegura proteção à família (artigo 226). Assim, a Lei 8.009/90 só vem reforçar o que já foi dito sobre a impenhorabilidade da residência, face as dívidas contraídas pela família.

Por derradeiro, aguardamos que as decisões acima expendidas, no sentido da tese da

impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador, tornem-se uma tendência em nossos tribunais, o que, decerto, irá corroborar a nova visão do direito privado, atualmente denominado “Direito Civil Constitucional”.

A reiteração de decisões nesse sentido pelos aplicadores do direito é indispensável do ponto de vista social, além do que exerce influência nas decisões do Legislativo em aprovar Projeto de Lei que revogue o art. 82 da Lei do Inquilinato e, por conseqüência, o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, a exemplo do Projeto de Lei nº 370, de 24/05/1999, autorado pelo Senador Lauro Campos e do Projeto de Lei nº 145, de 29/05/2000, proposto pelo Senador Carlos Patrocínio, que retratam o tema, por considerarem esse dispositivo totalmente inconstitucional.

Esperamos que os nossos aplicadores do direito passem a analisar a importância social da moradia, para que se possa dar mais um passo em busca da conquista de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como os previstos no artigo 3º, inciso I, III e IV, da Carta Maior: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais; e promover o bem de todos”.

O direito deve ser visto como uma realidade dinâmica, que está em constante movimento, acompanhando as novas exigências e necessidades humanas, através da interpretação. Assim, os operadores do direito possuem uma relevante função, que é a de extrair da Constituição Federal os elementos necessários a uma decisão mais justa, pois a sociedade clama por um novo modelo de Justiça, alicerçado na dignidade humana e na igualdade social.

O legislador deveria criar novos mecanismos de proteção à garantia de crédito do credor, sem violar o direito fundamental de moradia do fiador. Da mesma forma, os julgadores deveriam analisar o caso concreto com mais frequência para a lide, e menos para a lei. Daí a importância da interpretação teleológica da lei, uma vez que o contrato deve ser interpretação conforme o contexto da sociedade.

Não parece justo o tratamento desigual aplicado ao fiador, eis que somente seus bens de família estão passíveis de constrição. É patente a ofensa ao princípio da isonomia: enquanto ao locatário (o real devedor) aplica-se a regra da impenhorabilidade, impede-se ao fiador a mesma proteção.

De mais a mais, não merece guarida o argumento de que a previsão de impenhorabilidade abalaria o mercado de locações e, conseqüentemente, inviabilizaria o

exercício do direito constitucional de moradia aos locatários, em virtude de eventual colapso nas garantias dos locadores, que em tese, causaria a violação do princípio da isonomia.

Ora, a garantia da impenhorabilidade apenas traria benefícios para os contratantes. Ao locador caberia tão-somente buscar novos mecanismos para assegurar o cumprimento do contrato, como por exemplo, a exigência de que o fiador possua mais de um imóvel, caução ou, finalmente, o seguro fiança que, na verdade é uma modalidade segura e viável de garantia, embora pouco utilizada.

Essa previsão legal tem caráter exclusivamente econômico, pois preocupa-se tão-somente com a indústria imobiliária, deixando a mercê da própria sorte o fiador e sua família. Não é razoável penhorar um único imóvel de uma família desinformada, em decorrência de uma dívida contraída por terceiros.

É incompatível com os ideais de justiça retirar um teto de uma família por conta dívidas de outrem, tampouco há que se falar em proporcionalidade entre prejuízo pecuniário do locador, por inadimplência do locatário, e penhorabilidade do único imóvel residencial do fiador. Não seria constitucional infringir um direito social de moradia, protegido pela Carta Maior, em favor de uma lei infraconstitucional, claramente contrária aos ideais de isonomia.

Outrossim, é de se questionar qual a relevância social que tutela o crédito do locador, a ponto de legitimar a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, retirando a moradia de uma família? Por que razão também não se atribui a mesma relevância aos créditos resultantes de outras modalidades de garantias locatícias?

A fatídica Lei deveria ter em mente o mandamento do artigo 620 do CPC, cujo dispositivo estabelece que cabe ao juiz determinar que a execução seja feita de modo menos gravoso para o devedor. Assim, a previsão de constrição do único bem de família retrocede a todos os pensamentos modernos do direito, inutilizando todo esforço de nossos antepassados, que lutaram pela consagração dos direitos e garantias fundamentais.

Não obstante a recente decisão do Tribunal Excelso, comungamos com a corrente da impenhorabilidade, pois com base em sólida doutrina, entendemos que o contrato de locação, como atualmente difundido nas médias e grandes cidades, é deveras um contrato de adesão e de consumo.

Ao ser administrado pelas empresas imobiliárias (que auferem lucros, mediante taxas de administração), estas impõem as regras do contrato, sem qualquer discussão prévia com o inquilino e seu fiador, sendo que este último, em regra, renuncia ao benefício de ordem sem a

mínima advertência prática sobre as cláusulas, na maioria das vezes obscuras.

Assim, não são feitas ao fiador advertências imprescindíveis como a possibilidade de penhora do seu único imóvel residencial, na hipótese de inadimplemento do aluguel pelo locatário, assim como não é informado sobre a impossibilidade de ressarcimento, via ação regressiva, uma vez que a residência do inquilino está amparada pela norma da impenhorabilidade.

Por conseguinte, em concordância com a tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, entendemos que o contrato de locação deve obedecer a principiologia consumerista e civilista, além dos princípios que regem o direito civil-constitucional.

Impende ressaltar que não está se propondo um relaxamento quanto às obrigações assumidas, que decerto ocasionaria uma ameaça à ordem pública, mas sim uma efetiva aplicação de normas que preservem em sua destinação, maior proteção aos direitos humanos e fundamentais do fiador e não somente a uma restrita parcela da sociedade. Mesmo porque, ao decidir pela prevalência do princípio basilar da Constituição (dignidade humana), o julgador não estará isentando o fiador de cumprir sua obrigação, pois este só estará livre após o seu adimplemento.

A despeito da eficiência do contrato de fiança, em razão da simplicidade para sua formação, não se pode olvidar que essa espécie de garantia é complexa para o fiador, na medida em que torna suscetível de penhora o seu único imóvel residencial. É necessário uma reavaliação das normas de proteção ao fiador, a fim de evitar que o direito venha a ser utilizado de forma arbitrária e que situações como essa ocorram em nome da lei. Não resta dúvida que essa previsão legal demonstra a lamentável degradação do ser humano, trazendo-lhes conseqüências negativas tanto de ordem física como psíquica inaceitáveis, que fere a garantia da dignidade humana.

Finalmente, apresentamos como proposta para reduzir a voracidade do mercado imobiliário e proteger de penhora o bem de família do fiador da locação, o incentivo à atuação do Governo nas esferas Executiva e Legislativa, no sentido de promover uma sólida reestruturação do seguro fiança locatícia, a fim de diminuir a abusividade dos sistemas bancário e securitário, que há muito ditam as regras dessa garantia locatícia, impossibilitando a sua contratação através dos sujeitos da locação (locador e locatário).

Acreditamos que a revitalização do seguro fiança, sem dúvida, será a melhor e a mais eficiente garantia locatícia, em que não há a inconveniência de penhorar a residência de um

fiador, que implicaria na destruição de uma família, pelo simples fundamento no antigo Princípio do *pacta sunt servanda*.

Concluimos a presente monografia com o escólio do brilhante doutrinador Gustavo Tepedino⁹⁴:

“No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil”.

94 DA SILVA, Luciano Sabino, op. cit