



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Impenhorabilidade do Bem de Família Legal do Fiador em Contrato de Locação

Renato de Figueiredo Costa Leiras

Rio de Janeiro
2009

RENATO DE FIGUEIREDO COSTA LEIRAS

Impenhorabilidade do Bem de Família Legal do Fiador em Contrato de Locação

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

Renato de Figueiredo Costa Leiras

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: o crédito merece proteção, porém, uma proteção limitada, não podendo ser satisfeito a qualquer custo. Funciona o bem de família como instrumento limitador ao exercício do crédito. É instituto destinado a proteger certo patrimônio perante um direito de crédito, com vistas a garantir o direito à moradia dos integrantes da família e, conseqüentemente, a sua dignidade. Exceções à impenhorabilidade do bem de família estão previstas em Lei, sendo o objeto principal do trabalho o exame da constitucionalidade ou não da exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990.

Palavras-chaves: Fiador, Locação, Penhora, Bem de Família.

Sumário: Introdução. 1-Contrato de fiança. 2-Bem de família. 2.1-Natureza jurídica e origem do instituto. 2.2-Bem de família convencional. 2.3-Bem de família legal. 2.3.1-Considerações iniciais. 2.3.2-Ampliação da proteção. 2.3.3-Constitucionalidade da regra prevista pela Lei nº 8.009/1990. 2.3.4-Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família legal. 3-Alteração da Lei nº 8.009/1990 pelo artigo 82 da Lei nº 8.245/1991. 4-Posição do Supremo Tribunal Federal, manifestada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP. 5-Análise crítica do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado trata sobre a polêmica questão relativa à possibilidade ou não de penhora do bem de família legal por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato

de locação, sendo o bem de família legal, em linhas gerais, aquele protegido pelo ordenamento jurídico em benefício da família.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, ocorrido em 8/2/2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do relator, Ministro Cezar Peluso, considerou constitucional a norma prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990.

Em consequência, permitiu a penhora do bem de família legal por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação; o principal argumento utilizado foi no sentido de que a possibilidade da aludida penhora facilita a celebração dos contratos de locação, potencializando o direito social à moradia previsto no artigo 6º da Constituição da República de 1988.

Em sentido contrário à maioria, posicionaram-se os Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, tendo sido sustentado, dentre outros argumentos, que o dispositivo legal em questão viola o princípio constitucional da igualdade.

O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na referida decisão vem sendo mantido, sendo certo que a discussão sobre a matéria perdeu força no âmbito dos Tribunais, o que não ocorreu no meio doutrinário.

A decisão do Supremo Tribunal Federal não pode servir para colocar um ponto final na questão. O debate deve continuar a fim de se chegar ao melhor entendimento, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista social.

A metodologia de pesquisa será do tipo qualitativa parcialmente exploratória e, ao final, será demonstrado, com todas as vênias, que o entendimento sobre o tema, manifestado e mantido pelo Supremo Tribunal Federal, não é o mais correto.

1 - CONTRATO DE FIANÇA

O direito de crédito é importante e deve ser protegido; tal proteção fomenta a produção, o livre mercado e a circulação de riquezas. Desproteger o direito de crédito significa abalar a estrutura da sociedade.

O direito de crédito surge no momento em que é contraída a obrigação. Não cumprida a obrigação, e violado o direito de crédito, nasce a pretensão, ou seja, a possibilidade de se exigir, por meio de execução, o cumprimento forçado da obrigação e finalmente a satisfação do direito de crédito.

Deve aqui ser chamada a atenção para a regra, segundo a qual a execução forçada deve recair sobre o patrimônio do devedor, ao qual podem ser acrescidas garantias acessórias para maior proteção do direito de crédito. O contrato de fiança é uma dessas garantias acessórias.

O contrato de fiança foi regulado pelo Código Civil de 1916 que, em seu artigo 1.481, estabelecia como contrato de fiança aquele através do qual “uma pessoa se obriga por outra, para com seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra”.

Sem substancial alteração, o contrato de fiança foi também regulado pelo Código Civil de 2002 que, em seu artigo 818, definiu o referido negócio jurídico como aquele por meio do qual “uma pessoa garante satisfazer ao credor de uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

O contrato de fiança é unilateral e, em regra, gratuito. A fiança pode ser onerosa ou gratuita, pode gerar vantagem para ambas as partes ou para uma só delas, sendo certo que esta última hipótese é a que ocorre com mais frequência.

Sendo gratuita, a fiança é a melhor forma de garantia tanto para credores quanto para devedores, que nada despendem com a referida garantia do direito de crédito; por outro lado, pode gerar sérios transtornos para os fiadores.

O contrato de fiança é utilizado como instrumento de garantia do direito de crédito titularizado por aquele que figura como locador em um contrato de locação. Trata-se da fiança locatícia.

A Lei nº 6.649/1979, que regulou as locações prediais urbanas, já continha previsão adotando o contrato de fiança como uma das formas de garantia locatícia, o que foi mantido pelo artigo 37 da Lei nº 8.245/1991 que, além da fiança, prevê outras duas modalidades de garantia locatícia: a caução e o seguro de fiança locatícia.

Importante destacar que, das três modalidades de garantia locatícia previstas na Lei nº 8.245/1991, a fiança é a preferencialmente utilizada; isso porque ela é mais prática do que a caução, além do fato de haver grande resistência ao seguro de fiança locatícia em razão de suas regulamentações.

Diante das apontadas características do contrato de fiança, fica clara a posição desfavorecida ocupada pelo fiador que, por sua vez, deve contar com o ordenamento jurídico para a proteção de um patrimônio mínimo que garanta a sua dignidade e a de sua família.

2 - BEM DE FAMÍLIA

O presente capítulo é destinado ao exame do instituto do bem de família. Inicialmente será definida a sua natureza jurídica e, em seguida, feita uma análise da origem do instituto. Posteriormente, será examinada a figura do bem de família convencional e, ao final do capítulo, a atenção estará voltada para o denominado bem de família legal.

2.1 - NATUREZA JURÍDICA E ORIGEM DO INSTITUTO

Quanto à natureza jurídica do bem de família, apesar das discussões sobre o tema, é possível defini-la como sendo uma modalidade de afetação de bens para o alcance de um fim especial, qual seja, garantir a vida digna dos integrantes de uma família.

Com relação à origem do instituto, o bem de família nasceu no Direito norte-americano, tendo sido criado como forma de proteção das famílias que se aventuraram a mudar para o oeste desconhecido e ainda não colonizado, servindo assim para estimular a imigração e a colonização para a referida região. Segundo MARMITT (1995), o instituto tem origem na antiga Lei Texana de 26/1/1839, sendo chamado no Direito norte americano de *homestead*, palavra que significa o local de seu lar.

A mudança das famílias para o oeste significava um enorme risco, tendo em vista tratar-se de lugar até então desconhecido e sem a mínima infra-estrutura.

Além disso, desestimulava a mudança das famílias a grande possibilidade de virem a ter a propriedade concedida para exploração rural expropriada para o pagamento de dívidas decorrentes das próprias dificuldades da colonização.

Surgiu então o instituto do bem de família, garantindo que aquela propriedade que servisse de moradia da família e da qual essa retirasse o seu sustento, explorado-a com plantações ou criações de animais, não poderia ser objeto de penhora.

Com a garantia, mesmo que o proprietário do bem de família contraísse dívidas, poderia continuar habitando o local e dali retirar o seu sustento, juntamente com sua família. Tal medida protetiva possibilitaria a colonização do oeste.

2.2 - BEM DE FAMÍLIA CONVECIONAL

No Direito brasileiro, o *homestead* foi adotado, com as devidas alterações exigidas pelo ordenamento jurídico pátrio, sob a denominação de *bem de família*, pelo Código Civil de 1916. Nas lições de BEVILACQUA (1931), o instituto era, até então, desconhecido da ordem jurídica brasileira.

O instituto do bem de família convencional ou voluntário foi regulamentado pelo Código Civil de 1916 em seus artigos 70 a 73.

Foram os termos utilizados pelo artigo 70, *caput*, do Código Civil de 1916: “É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio”.

Interessante destacar que a expressão “chefe de família” usada pelo legislador significava as figuras do marido e do pai, integrantes de uma família e responsáveis por sua manutenção.

Deve ser destacado, ainda, que, de acordo com o ordenamento jurídico vigente à época do Código Civil de 1916, reconhecia-se e se dava proteção apenas à família constituída pelo casamento.

A Constituição da República de 1988, expressamente, em seu artigo 5º, inciso I, declara a igualdade entre homem e mulher em direitos e obrigações, bem como reconhece e protege, em seu artigo 226, outras entidades familiares como, por exemplo, a união estável entre homem e mulher e a família monoparental, ou seja, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Sendo assim, com o advento da atual Constituição foi feita uma releitura do disposto no artigo 70, *caput*, do Código Civil de 1916, chegando-se inevitavelmente a um resultado extensivo de interpretação. No Código Civil de 2002, o instituto do bem de família convencional encontra-se regulado nos artigos 1.711 a 1.722.

Diante da atual regulamentação do instituto, conclui-se que o bem de família convencional apresenta as seguintes características principais. O bem de família convencional depende de expressa manifestação de vontade do titular, o que pode se dar por escritura pública, testamento ou doação, constituindo-se o bem de família voluntário pelo registro do título no Cartório de Registro de Imóveis. Além disso, refere-se ao bem imóvel que serve de moradia para a família e tem como efeito a impenhorabilidade e a inalienabilidade do bem.

Outra característica está no fato de não poder ultrapassar um terço do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da instituição.

Por fim, caracteriza-se o bem de família convencional por ter duração limitada, em regra, à vida dos cônjuges ou até a maioridade dos filhos.

Da leitura do disposto no artigo 1.711 do Código Civil de 2002 extrai-se a possibilidade de os cônjuges, entidade familiar ou terceiro instituir o bem de família convencional.

Ressalte-se que, como se trata de um benefício, não há necessidade de outorga do outro cônjuge para a instituição do bem de família, valendo aqui ser lembrado o disposto no artigo 1.647, inciso I, do Código Civil de 2002, o qual exige, como regra, o consentimento do outro cônjuge apenas para a alienação ou oneração de bens imóveis.

A instituição do bem de família pode se dar por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, sendo exigido, em qualquer caso, o registro do título no Cartório de Registro de Imóveis.

Vale ressaltar que a Lei não exige do instituidor a comprovação do seu estado de solvência para a instituição do bem de família convencional, estabelecendo, por outro lado, que a instituição do bem de família voluntário é ineficaz em relação àqueles que já eram credores no momento da constituição.

Importantíssima característica do bem de família convencional é o fato de referir-se ao imóvel destinado à moradia da família, o que demonstra claramente o caráter protetivo do instituto que, inegavelmente, é um importante instrumento para a tutela do direito à moradia e da família.

Ressalte-se, ainda, conforme visto, que a instituição do bem de família convencional tem como efeitos a impenhorabilidade e a inalienabilidade do bem. Importante notar que as hipóteses em que se permite a penhora do bem de família convencional são taxativas, permitindo-se a penhora apenas em se tratando de dívidas de condomínio ou correspondentes a tributos relativos ao próprio bem.

Na hipótese de execução pelas dívidas acima mencionadas, em havendo saldo, esse deverá ser aplicado em outro prédio, com a qualificação de bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento da família; poderá o juiz determinar outra solução no caso de se

convencer de que motivos relevantes a aconselham, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 1.715 do Código Civil de 2002.

Ainda sobre a impenhorabilidade do bem de família convencional, é importante destacar que as exceções à regra da impenhorabilidade previstas no artigo 3º da Lei 8.009/1990 não se aplicam ao bem de família convencional, referindo-se exclusivamente ao bem de família legal.

Em relação à inalienabilidade do bem de família convencional, vale salientar que tal bem só pode ser alienado com o consentimento de todos os interessados, inclusive, dos filhos.

Importante também destacar que a impenhorabilidade e a inalienabilidade decorrentes da vontade do instituidor abrangem não só o imóvel residencial familiar, urbano ou rural, mas também as suas pertenças e acessórios, consoante o disposto no artigo 1.712 do Código Civil de 2002.

O aludido diploma legal, de forma inovadora, permite que, no título de instituição do bem de família seja inserida cláusula no sentido de estender a proteção também a valores mobiliários cuja renda venha a ser aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família, não podendo tais valores mobiliários, como debêntures por exemplo, ultrapassar o valor do imóvel instituído como bem de família, à época de sua instituição. Tais regras estão previstas nos artigos 1.712 e 1.713 do Código Civil de 2002.

Importante lembrar da limitação imposta pelo artigo 1.711 do Código Civil de 2002, segundo o qual não pode o valor do bem de família convencional ultrapassar um terço do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da instituição, da estipulação.

Em relação à duração do bem de família voluntário, deve ser salientado que a isenção por dívidas posteriores à instituição do bem de família durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta deles, até a maioridade civil dos filhos.

Informação importante é a de que, mesmo com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, não se extinguirá o bem de família se houver filho sujeito à curatela, sendo essa a norma extraída dos artigos 1.716 e 1.717, ambos do Código Civil de 2002.

Vale também o registro de que a dissolução da entidade familiar, em vida ou por morte, não tem o condão de extinguir o bem de família convencional. Na hipótese de dissolução da entidade familiar em razão da morte de um dos integrantes, poderá o sobrevivente pleitear a extinção do bem de família, caso seja o único bem, conforme preceituado no artigo 1.721 do Código Civil de 2002.

Por fim, devem ser feitas algumas considerações sobre a atuação do Ministério Público em relação ao bem de família convencional.

Antes de qualquer outra consideração, deve ser afirmado que tal atuação representa uma inovação promovida pelo Código Civil de 2002, com previsão nos artigos 1.717 e 1.719 do referido diploma legal. Na hipótese de os interessados desejarem alienar o prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem de família, deverão ajuizar o pleito e não poderá ser determinada a alienação sem a prévia oitiva do Ministério Público.

Destaca-se também a necessidade de prévia oitiva do Ministério Público para que o juiz determine a extinção do bem de família ou autorize a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, quando os interessados pleitearem judicialmente tal extinção ou sub-rogação em razão da impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído.

Diante do ordenamento jurídico em vigor é possível concluir pela intervenção obrigatória do Ministério Público em processos judiciais nos quais se busque a extinção, alienação ou sub-rogação do bem de família.

Importante destacar que a falta de intimação de membro do Ministério Público para se manifestar sobre qualquer dos referidos pedidos acarreta na nulidade do processo, consoante o disposto no artigo 246 do Código de Processo Civil.

2.3 - BEM DE FAMÍLIA LEGAL

Nesse tópico, após considerações iniciais sobre a figura do bem de família legal, serão abordados alguns temas relacionados ao instituto, dentre os quais se destacam a questão relativa à constitucionalidade da regra geral instituída pela Lei nº 8.009/1990, bem como o tema relativo às exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família legal.

2.3.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o advento da Lei nº 8.009/1990, surgiu no direito brasileiro o denominado *bem de família legal*, que se difere do *bem de família convencional*, principalmente, pelo fato de receber proteção independentemente de qualquer manifestação de vontade.

Outra importante diferença entre os dois institutos está no fato de que o bem de família convencional caracteriza-se pela impenhorabilidade e inalienabilidade, ao passo que o outro apresenta apenas a característica da impenhorabilidade.

Atualmente, coexistem dois regramentos distintos relativos ao instituto do bem de família: o regramento do Código Civil de 2002, que trata do já examinado bem de família

convencional, e o regramento trazido pela Lei n° 8.009/1990 que, por sua vez, refere-se ao bem de família legal.

De acordo com o artigo 1° da Lei n° 8.009/1990, é impenhorável o imóvel residencial do casal ou de entidade familiar, não respondendo tal bem por qualquer tipo de dívida contraída pelos cônjuges, pais e filhos que sejam proprietários do bem e nele residam.

Completando a regra prevista no mencionado artigo 1°, o artigo 5°, *caput*, da Lei n° 8.009/1990 considera como residência um único imóvel usado para moradia permanente pelo casal ou entidade familiar.

O parágrafo único, do artigo 5°, da Lei n° 8.009/1990, que também define o bem de família legal, estabelece que, na hipótese de haver mais de um imóvel utilizado como residência, recairá a proteção sobre aquele de menor valor, salvo se outro imóvel tiver sido levado à categoria de bem de família convencional, devendo, para tanto, ser observada a disciplina própria prevista no Código Civil de 2002.

Sendo assim, encontra justificativa a manutenção do regime do bem de família convencional, mesmo depois do advento da Lei n° 8.009/1990.

2.3.2 - AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO

Não é apenas o bem imóvel que está protegido pelo referido diploma legal, mas também a construção, plantações, benfeitorias e equipamentos assentados sobre o imóvel.

A proteção legal ainda é estendida aos móveis que guarnecem o imóvel desde que quitados, tudo em conformidade com o disposto no parágrafo único, do artigo 1°, da Lei n° 8.009/1990.

Ressalte-se que os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos são expressamente excluídos da impenhorabilidade, consoante o disposto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.009/1990, compreendendo-se “adornos suntuosos” como aqueles bens dispensáveis à moradia, bem como aqueles que não integram a residência usualmente.

Destaca-se, ainda, a norma prevista no parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 8.009/1990, segundo a qual, em se tratando de imóvel locado, a impenhorabilidade recairá sobre os bens móveis quitados, que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto no mesmo artigo 2º.

Importante também salientar que, na hipótese de imóvel residencial familiar rural, recairá a proteção apenas sobre a sede e respectivos bens móveis.

Em se tratando de pequena propriedade rural definida em Lei e desde que trabalhada pela família, a impenhorabilidade alcançará apenas a área definida como pequena propriedade rural, sendo estas as normas previstas no parágrafo 2º do artigo 4º da Lei nº 8.009/1990.

Não se pode deixar de mencionar que, com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, modificadora do disposto no artigo 649 do Código de Processo Civil, foi estabelecida a possibilidade da penhora dos móveis, pertences e utilidades domésticas que guarneçam a residência se tais bens forem de elevado valor ou ultrapassarem o necessário para a manutenção de um padrão de vida mediano.

A referida regra trazida pela Lei nº 11.382/2006, de certa forma, encontra fundamento na chamada teoria do patrimônio mínimo, estando claro o objetivo de proteger apenas aquilo que é necessário para uma vida com dignidade, ficando fora da proteção do ordenamento jurídico bens que proporcionam um padrão de vida melhor do que aquele considerado mediano.

Com tal postura legislativa, que deve ser elogiada, é protegida, em última análise, a dignidade da pessoa humana, resguardando-se, dentro do possível, também o direito de crédito.

O artigo 649 do Código de Processo Civil, com as alterações promovidas pela Lei n° 11.382/2006, apresenta uma lista de bens que, em regra, não podem ser penhorados, tendo sido classificados pelo legislador como bens absolutamente impenhoráveis.

Por fim, é importante destacar que a Lei n° 8.009/1990 estabelece, como regra, a impenhorabilidade dos bens por ela definidos, apresentando, em seu artigo 3°, uma lista de exceções à regra da impenhorabilidade.

2.3.3 - CONSTITUCIONALIDADE DA REGRA PREVISTA PELA LEI N° 8.009/1990

Apesar de alguns estudiosos serem contrários à previsão de um bem de família protegido diretamente pelo ordenamento jurídico, independentemente de qualquer manifestação de vontade, não há que se falar em inconstitucionalidade da regra protetiva instituída pela Lei n° 8.009/1990.

Por trás de tal regra está a idéia, segundo a qual, deve-se sempre buscar a proteção da dignidade da pessoa humana, mesmo que para isso seja preciso mitigar, em certo grau, o direito de crédito.

Sendo assim, é inevitável a conclusão no sentido de que a regra da impenhorabilidade prevista no apontado diploma legal encontra-se em perfeita harmonia com os ditames da Constituição da República de 1988; isto porque tem por objetivo a proteção ao direito de moradia reconhecido expressamente no artigo 6° da Constituição da República de 1988, bem

como a proteção à família, cumprindo assim o mandamento previsto no artigo 226 da Constituição.

Trata-se de importante instrumento para a efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza, princípios estes previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III e 3º, inciso III, ambos da Constituição da República vigente.

Como se percebe, não há como se reconhecer a inconstitucionalidade de regra jurídica tão nobre pelo fato de se mitigar a proteção ao direito de crédito.

Tal relativização se dá em razão de valores maiores, assim considerados pelo legislador constituinte originário, devendo a regra da impenhorabilidade trazida pela Lei nº 8.009/1990 ser considerada constitucional.

2.3.4 - EXCEÇÕES À REGRA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL

Não é só o regime do bem de família convencional que apresenta exceções à regra da impenhorabilidade.

A Lei nº 8.009/1990, flexibilizando sua própria regra de proteção, estabelece, em seu artigo 3º, várias hipóteses de cobrança em que a impenhorabilidade não poderá ser oposta.

Ressalte-se a necessidade do exame cuidadoso de cada um dos casos excepcionais, com a verificação da conformidade ou não de cada um com os ditames estabelecidos pela Constituição da República de 1988, sendo objeto deste trabalho a análise da constitucionalidade ou não apenas da exceção prevista no inciso VII, do artigo 3º da Lei nº 8.009/1990.

3 - ALTERAÇÃO DA LEI N° 8.009/1990 PELO ARTIGO 82 DA LEI N° 8.245/1991

Com o advento da Lei n° 8.009/1990, surgiram opiniões no sentido de que a iniciativa legislativa teria criado um obstáculo para as locações de imóveis; foi utilizado o argumento de que, com a impossibilidade de penhora do único bem do fiador, o bem de família legal, os interessados em contratar na qualidade de locadores passariam a exigir fiadores proprietários de mais de um imóvel, o que dificultaria a celebração das locações de imóveis.

Tal inovação legislativa dificultaria a celebração dos contratos de locação, prejudicando, em consequência, o direito de moradia.

Com o objetivo de resolver o apontado problema, o Estado editou a Lei n° 8245/1991 que, em seu artigo 82, acrescentou o inciso VII ao artigo 3° da Lei n° 8.009/1990, estabelecendo, assim, uma nova exceção à impenhorabilidade do bem de família legal.

O artigo 3°, inciso VII, da Lei n° 8.009/1990 permite que o fiador proprietário de um único bem imóvel onde reside com sua família tenha tal bem penhorado para a extinção de dívida locatícia contraída por outrem.

A validade do referido dispositivo legal foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verá no tópico seguinte.

4 - POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MANIFESTADA NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 407.688-8/SP

Inicialmente, é importante salientar que, antes do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões considerando não recepcionada pela Constituição da República de 1988 a exceção prevista no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990, que permite a penhora do bem de família legal do fiador em contrato de locação.

Nesse sentido pode ser citada a decisão monocrática proferida pelo relator, Ministro Carlos Velloso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 449.657/SP, realizado em 27/05/2005.

Na mencionada decisão, o Ministro Carlos Velloso destacou a inconstitucionalidade do disposto no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990, tendo em vista flagrante violação ao princípio da isonomia previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

Outro fundamento utilizado pelo Ministro para chegar à conclusão no sentido da invalidade do referido dispositivo legal foi o de que tal dispositivo ofende o direito à moradia, previsto expressamente como um direito social no artigo 6º da Constituição.

Exteriorizou o julgador seu entendimento no sentido de tratar-se de um direito fundamental de segunda geração e, portanto, de grande importância.

A referida decisão, assim como outras, ensejou o exame da norma jurídica em questão pelo Plenário da Corte Máxima, o que ocorreu no julgamento do já mencionado Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela validade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990.

Ressalte-se que, por não se tratar de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, não gera efeitos *erga omnes* e, portanto, não vincula as instâncias julgadoras inferiores.

Sendo assim, podem os magistrados de instâncias inferiores continuar considerando inconstitucional o dispositivo legal em questão.

Saliente-se, ainda, que, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo o posicionamento manifestado pela maioria no aludido julgado, sendo certo que, diante da existência de grande divergência sobre o tema, deve o debate continuar.

5-ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com fundamento no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990, determinado juiz do Estado de São Paulo indeferiu pedido de liberação do bem de família legal do devedor executado que tinha a qualidade de fiador em contrato de locação.

O devedor interpôs recurso de agravo de instrumento contra a referida decisão e o Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo negou provimento ao agravo, o que ensejou a interposição, pelo devedor, do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, dirigido ao Supremo Tribunal Federal e com vistas a atacar o acórdão estadual.

Conforme já mencionado, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, considerando constitucional a norma contida no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990, negou provimento ao recurso, decidindo pela possibilidade de penhora do bem de família legal por

obrigação assumida por fiador em contrato de locação, sendo certo que tal entendimento vem sendo mantido pelo Supremo Tribunal Federal.

No referido julgamento, foram vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello.

O entendimento manifestado e mantido pelo Supremo Tribunal Federal não é o mais correto, conforme será demonstrado a seguir.

As sustentações no sentido da inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal e, conseqüentemente, da impenhorabilidade do bem de família legal por obrigação assumida pelo fiador em contrato de locação, apresentaram como fundamentos a ofensa ao direito social à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição da República de 1988, bem como a violação do princípio da isonomia previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição.

Do outro lado, o principal argumento utilizado foi no sentido de que a possibilidade da penhora tem o efeito de facilitar a celebração dos contratos de locação, regulando o mercado e potencializando o direito social à moradia previsto no artigo 6º da Constituição da República de 1988.

Argumentou-se, ainda, que a autonomia da vontade daquele que se obriga em contrato de fiança locatícia deve prevalecer.

Não há dúvidas de que a possibilidade de penhora do bem de família por obrigação assumida em contrato de fiança locatícia viola, sem justificativa, o direito social à moradia previsto expressamente no artigo 6º da Constituição da República de 1988.

Além disso, significa verdadeiro retrocesso no que diz respeito à proteção da família, assegurada no artigo 226 da Constituição, e da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, consoante o disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição vigente.

Não deve prosperar o argumento utilizado, principalmente pelo Ministro Cezar Peluso, no sentido de que a possibilidade da penhora vem a facilitar a celebração das locações, viabilizando o direito à moradia de uma classe maior em prejuízo de uma classe menos numerosa da sociedade.

O mercado de locações de imóveis não deve ser regulado mediante a instituição da possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação, permitindo-se que o fiador em contrato de locação seja privado de seu patrimônio mínimo, o bem de família, em razão de dívida contraída pelo afiançado.

O direito fundamental à moradia deve ser respeitado com a proteção do bem de família do fiador em contrato de locação, garantindo-se assim a dignidade do próprio fiador e de sua família.

Deve o mercado de locações, de inegável importância, ser regulado por outros meios, menos gravosos e compatíveis com os valores consagrados na Constituição da República.

Nesse sentido, vale destacar a opinião de AINA (2004), segundo a qual, o mercado de locações de imóveis poderia ser satisfatoriamente regulado mediante ajustes na regulamentação do seguro de fiança locatícia de forma que funcionasse a contento para os envolvidos, ou seja, para aqueles interessados em celebrar o contrato de locação e para as seguradoras.

Vale aqui ser feita menção também aos ensinamentos de DIAS (1999) no sentido de que o seguro de fiança locatícia depende apenas da capacidade do interessado em se tornar locatário de pagar determinado valor de aluguel no qual é contabilizado o valor a ser pago à seguradora.

Além de violar, sem justificativa, o direito fundamental à moradia, a proteção da família e a dignidade da pessoa humana, a penhorabilidade do bem de família por obrigação

decorrente de contrato de fiança locatícia ofende o princípio da isonomia previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

A violação à isonomia é flagrante, tendo em vista a criação de uma situação em que o bem de família do devedor principal, locatário, não pode ser penhorado, permitindo-se, por outro lado, a penhora do bem de família do fiador, que é mero garantidor.

Por fim, não se pode justificar a possibilidade de penhora do bem de família por obrigação assumida em contrato de fiança locatícia, com o argumento da autonomia da vontade, não podendo tal autonomia, nos tempos atuais, servir para privar o indivíduo e sua família de um mínimo patrimonial.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, verifica-se que o direito de crédito, de reconhecida importância, deve ser tutelado pela ordem jurídica.

A referida proteção, porém, deve encontrar limites; não pode a satisfação de um direito de crédito chegar ao ponto de levar o indivíduo e sua família a uma situação de miserabilidade patrimonial e colocar por terra a dignidade das pessoas.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio prevê o instituto do bem de família como um importante limitador ao exercício do direito de crédito. Tal instituto serve para a proteção do direito à moradia, da família e da dignidade da pessoa humana, servindo, ainda, como instrumento para a erradicação da pobreza. Trata-se, portanto, de nobre instituto jurídico.

Andou bem a Lei n° 8.009/90 quando entrou em vigor proibindo a penhora do bem de família mesmo em se tratando de execução de obrigação assumida em contrato de fiança locatícia.

Por outro lado, a inovação promovida pelo artigo 82 da Lei n° 8.245/1991, no sentido de passar a permitir a penhora do bem de família legal em razão de obrigação decorrente de fiança locatícia representou significativo retrocesso da ordem jurídica brasileira.

Para regular o mercado de locação de imóveis deve o Estado desenvolver políticas públicas justas e em conformidade com os mandamentos constitucionais.

Não se caracteriza como razoável o método escolhido pelo Estado brasileiro, consistente na instituição da possibilidade de penhora do bem de família legal do fiador em contrato de locação.

Interessante notar que, caso o Estado brasileiro através de sua atividade legislativa ou jurisdicional mantenha a referida opção, pouco a pouco se extinguirá a figura do fiador em contrato de locação, o que, inevitavelmente obrigará a adoção de novas medidas aptas a regular o mercado de locação de imóveis.

Importante, ainda, destacar a situação de desespero em que se vê o fiador de locação titular de bem de família legal que está sendo executado por dívida contraída pelo locatário.

Tais pessoas, juntamente com as suas famílias, são submetidas a um verdadeiro sofrimento ao longo do processo de execução, sendo certo que tais situações devem ser banidas da realidade brasileira.

Nas palavras de AINA (2004, p.22), “a idéia de desenvolver o presente tema originou-se, inicialmente, do profundo sentimento de injustiça que nos desperta a situação do fiador privado de sua moradia em razão do débito de outrem [...]”.

Espera-se, portanto, que o Estado brasileiro reveja a sua posição e profíba a penhora do bem de família legal por obrigação decorrente de fiança locatícia e promova a regulação do mercado de locações por meios mais razoáveis.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o Direito à Moradia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931, v.1.

BRASIL. Lei n° 8.009 de 29 de março de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 407688-8. Relator: Min. Cezar Peluso. Publicado no DJ de 6.10.2006.

DIAS, Nadir Silveira. *Garantias Locatícias de Imóveis Urbanos*. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARMITT, Arnaldo. *Bem de Família Legal e Convencional*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.