



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da penhorabilidade do bem de família do fiador

Ana Cristina Teixeira de Araújo

Rio de Janeiro

2010

ANA CRISTINA TEIXEIRA DE ARAÚJO

Da penhorabilidade do bem de família do fiador

Artigo Científico apresentado à
Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro, como exigência para
obtenção do título de Pós-Graduação.
Orientadores: Dr. Nelson Tavares
Dra. Kátia Araujo

Rio de Janeiro

2010

DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Ana Cristina

Teixeira de Araújo

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O bem de família, concebido no direito pátrio, como forma de tutelar a dignidade do indivíduo protege, em regra, o imóvel onde reside a unidade familiar tornando-o impenhorável diante de dívidas contraídas pelo devedor. No entanto, a Lei 8.009/90 traz em seu artigo 3º, inciso VII, previsão sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação. Essa exceção, diferentemente das demais previsões contidas no artigo 3º, não traz um interesse de maior ou igual relevância em comparação com a proteção do bem de família razão pela qual não se mostra legítima essa excepcionalidade, violando de forma direta princípios constitucionais.

Palavras-chaves: Bem de família. Fiador. Exceção. Penhora. Contrato de locação.

Sumário: Introdução. 1. Histórico. 2. Bem de Família. 2.1 Bem de Família e a Teoria do Patrimônio Mínimo. 2.2 O Bem de Família no Direito Brasileiro. 2.3 Do Bem de Família Legal. 2.4 Exceções à Regra da Impenhorabilidade do Bem de Família Legal. 3. Da Possibilidade de Penhora do Bem de Família do Fiador. 3.1 Da Decisão do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, trazendo à baila tanto os argumentos daqueles que defendem a inconstitucionalidade da referida norma, como também as razões dos que entendem ser o inciso em comento plenamente adequado à ordem constitucional.

Inicialmente, será analisada a origem histórica do bem de família, apresentando conceituação do instituto fornecida pela doutrina pátria, uma vez que a Lei não traz uma definição acerca do Instituto.

Seguindo o estudo, abordar-se-á a correlação entre o bem de família e a Teoria do Patrimônio mínimo, onde será observado que o Instituto trata-se de meio para concretização dessa Teoria, sendo bastante relevante para conceder efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em seguida passa-se a análise do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro, seu início, evolução, bem como as espécies existentes e os diplomas legislativos que tratam sobre a matéria.

Tendo em vista o objeto do presente artigo, o estudo não esgotará os assuntos referentes ao bem de família e suas modalidades, tratando de forma mais específica do bem de família legal previsto pela Lei 8.009/90.

Com relação à referida lei trataremos das exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família mencionadas em seu artigo 3º nos atendo de forma mais acurada a análise do inciso VII que traz a previsão sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador. Serão apresentados os posicionamentos existentes acerca da constitucionalidade do mencionado inciso, bem como o entendimento jurisprudencial

da Corte Maior que depois de defender a não recepção do inciso VII pela Emenda Constitucional nº 26 retrocedeu o seu posicionamento passando a entender posteriormente pela adequação desta norma à ordem constitucional.

1 – HISTÓRICO.

Conforme magistério de Azevedo (2002) o instituto do bem de família teve origem nos Estados Unidos, na República do Texas, através do *Homestead Exemption Act* e tinha por objetivo proteger as famílias que residiam em pequenas propriedades incentivando sua permanência naquele local, bem como a produtividade das terras.

Essa Lei buscou fixar o homem à terra, tendo como principal característica a impenhorabilidade de seu imóvel, em decorrência desta lei o imóvel familiar estava a salvo de eventuais dívidas contraídas pelos seus titulares.

Após a incorporação da República do Texas aos Estados Unidos, tendo por consequência o *Homestead* estadual, esse instituto se difundiu pelo território americano, provocando o surgimento da Lei federal denominada *Homestead Act* que tinha como finalidade a colonização e o povoamento de todo o território americano.

Após a edição dessa Lei Federal, o instituto do *homestead* passou a ser adotado em vários Estados americanos, que, apesar de criarem certas peculiaridades locais, mantinham três condições necessárias à configuração do *homestead*, quais sejam, i)a existência de um direito sobre determinado imóvel que se pretendia ocupar a título de

homestead; ii) que o titular desse direito fosse chefe de família; iii) que esse imóvel fosse ocupado pela família.

No Direito americano surgiram duas modalidades de *homestead*. A primeira a qual se pode denominar de formalista dependia de um procedimento formal, segundo o qual fazia-se necessário uma declaração junto ao Registro de Imóveis dando conta que o bem estava sob o regime de *homestead* estaria dessa forma configurada a publicidade necessária, bem como a ciência ao credores da impossibilidade de sua penhora.

A segunda modalidade adotada prescindia dessa formalidade junto ao Registro de Imóveis, bastando apenas a demonstração da mera ocupação efetiva do imóvel pela família, segundo as condições apontadas.

Sendo assim, pode-se inferir que a primeira modalidade, a qual necessitava do registro do *Homestead* deu origem ao bem de família voluntário, necessariamente emanado da vontade do titular e a segunda, em que era dispensada essa formalidade deu origem ao chamado bem de família legal, imposto pela lei, e que prescinde da vontade de seu titular.

2 – BEM DE FAMÍLIA.

A lei brasileira não traz uma definição expressa de bem de família. Entretanto, oferece elementos para a configuração do instituto, o que permite aos autores se utilizarem desses para proceder à sua conceituação.

Segundo ensinamento de Azevedo (2002, p.33) “o bem de família é meio de garantir um asilo à 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.”

Já na conceituação de Lopes (1988, p. 352/353) “... no Bem de família a inalienabilidade é criada em função de um outro objetivo: assegurar a residência da família, sendo esse o objetivo principal, e a inalienabilidade um simples meio de atingi-lo.”

Com a criação desse instituto, observa-se que a *mens legis* do legislador não foi a proteção do direito patrimonial do indivíduo, mas sim a tutela de seu direito fundamental à moradia, constituindo o patrimônio, nesse caso, via instrumental para a efetivação de um direito maior.

2.2 – BEM DE FAMÍLIA E A TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO.

Inicialmente, o Direito Civil, com forte influência das idéias liberais decorrentes da Revolução Francesa tinha com base a proteção patrimonial. Tinha como

maior preocupação o “ter” e não o “ser” e não concedia a adequada proteção à dignidade da pessoa humana.

Com a Constituição de 1988 e a chegada do Estado Social, Democrático de Direito, novos valores foram agregados ao ordenamento, impondo uma releitura do estatuto patrimonial das relações privadas, priorizando os valores sociais, bem como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial.

A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade e o princípio da igualdade (artigo 5º da CF), assegura a todos os cidadãos o direito de tratamento idêntico pela lei.

A partir desses novos valores, a idéia do “ser”, ganha maiores relevos do que o “ter”, a pessoa humana passa a ser o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio.

Conforme lição de Rosenvald (2007, p.98) “as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados, para lhe proporcionar vida com dignidade”.

Nessa nova concepção o patrimônio passa a ser enxergado como verdadeiro instrumento para atender as necessidades da pessoa humana, devendo ser preservada ao menos uma parcela mínima que garanta suas necessidades elementares. Apresenta-se o patrimônio mínimo como meio de viabilização do mínimo existencial e pressuposto de efetividade do direito humano à moradia.

Cabe salientar que, embora possam aparentar serem expressões sinônimas, o patrimônio mínimo e o mínimo existencial não se confundem, como ensina De Carli, (2009, p.40) “o patrimônio mínimo representa a efetividade do mencionado mínimo existencial”, em outras palavras, o patrimônio mínimo configura-se como uma das vertentes do mínimo existencial.

Através do reconhecimento desse direito ao patrimônio mínimo e tendo em vista que a análise dos interesses particulares deve vir sempre acompanhada do aspecto social, observa-se que esse instituto, qual seja o patrimônio, antes ligado exclusivamente à satisfação do crédito, passou a assumir um caráter essencial ao reconhecimento da dignidade do indivíduo.

Como exemplo dessa proteção ao patrimônio mínimo, pode-se destacar a proteção do bem de família trazida pela Lei 8.009/90 que trata do bem de família legal e o Código Civil em seus artigos 1.711 a 1.722 que trata do bem de família convencional.

De acordo com Fachin (2006), a idéia que se propõe é que o patrimônio não pode ser um fim em si mesmo, devendo ocorrer uma funcionalização do mínimo essencial para a proteção da pessoa humana que o estiver titularizando, “não há defesa da ilegitimidade do crédito em si mesmo. Cogita-se tão somente, do estabelecimento de limites à pretensão creditícia...a tutela patrimonial buscará equilíbrio no juízo de proporcionalidade entre os interesses envolvidos.”

Dessa forma, observa-se que haverá um conflito de interesses, de um lado o interesse do credor em ver satisfeita a sua obrigação e do outro o direito do indivíduo em ter protegido o seu imóvel, local onde reside a unidade familiar.

Diante do presente caso deve ser utilizada a técnica da ponderação de interesses que de acordo com lição de Branco (2008, p.356) “é sensível a idéia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais podem ter pesos abstratos diversos”.

Conforme ensinamento do referido autor é necessário que sejam observados alguns requisitos para a utilização da ponderação, quais sejam, i) exige-se que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema; ii) que não haja outro meio

menos danoso pelo qual possa se chegar ao mesmo resultado; iii) e que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.

Dessa forma, utiliza-se a técnica da ponderação para resolução do presente caso, devendo ser levado em consideração valores fundamentais tais como, a dignidade da pessoa humana, a família e o mínimo existencial, bem como apresentar-se esta como a maneira menos onerosa para a resolução do conflito conferindo maior benefício ao ordenamento do que prejuízo aos interesses sacrificados.

2.2 – O BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.

A primeira previsão legal no sistema normativo brasileiro a respeito do bem de família ocorreu no Código Civil de 1916 que trouxe essa previsão nos artigos 70 a 73 do Livro II, intitulado “Dos Bens”. Atualmente os diplomas legislativos pertinentes a matéria são a Lei 8.009/90 e o Código Civil de 2002 em seus artigos 1.711 a 1.722.

Em regra, ao contrair uma dívida os bens do devedor ficam vinculados ao pagamento dessas, no entanto, esta regra encontra algumas exceções, existindo bens que não estão sujeitos a essa vinculação, não podendo recair sobre estes eventuais dívidas do indivíduo.

Como exemplo dessa exceção, pode-se mencionar os bens elencados no art. 649 do Código de Processo Civil; o bem de família convencional, previsto nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil; e o bem de família legal, trazido pela Lei. 8.009/90.

Sendo assim, estes bens não estarão sujeitos, em regra, a qualquer tipo de constrição patrimonial, não estando vinculados às obrigações contraídas por seus titulares.

O instituto do bem de família tem como finalidade preservar bens do patrimônio do devedor, em respeito a valores mais elevados, quais sejam, a proteção da entidade familiar, que deve ser entendida de forma ampla, impedindo que se reduza o devedor a iniquidade.

Nesse sentido, deve a família contemporânea ser entendida como pilar fundamental da sociedade, não sendo mais possível sua caracterização como mera instituição, possuindo, na verdade, uma relevante função social, qual seja a de célula de proteção e formação do indivíduo.

A proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada à tutela da pessoa humana, através dos democráticos princípios gerais da Carta Maior.

Com a evolução da idéia de família, tendo sido essa redesenhada, ao longo dos tempos, a família deixou de ser família-instituição para atualmente se entendida como família- instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, apresentado-se o bem de família com instrumento vocacionado à tutela jurídica dessa família instrumental, protegendo a pessoa humana que compõe o núcleo familiar e a sua dignidade.

De acordo com esse novo conceito de família, e tendo em vista a finalidade de proteção do ser, do cidadão como objetivo último da tutela constitucional, a doutrina e jurisprudência entendem que a proteção do bem de família deve também ser estendida às pessoas solteiras. Dessa forma, não apenas a unidade familiar, entendida

tradicionalmente, mas também aqueles que residem sozinhos gozam da proteção do bem de família.

A posição jurisprudencial restou de tal modo sedimentada que o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado nº 364 de sua Súmula com a seguinte disposição: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

A proteção do bem de família dirige-se ao indivíduo, entendido esse como detentor de direitos que conferem a ele a tutela de sua dignidade através de institutos que concretizem o patrimônio mínimo.

O ordenamento jurídico brasileiro admite duas modalidades de bem de família: i) o bem de família voluntário regulado pelos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil, cuja constituição só ocorre pela vontade expressa do instituidor, via escritura pública ou testamento; ii) o bem de família legal ou obrigatório tratado pela Lei 8.009/90, que independe de manifestação da vontade do proprietário do imóvel.

O bem de família, portanto, é instituto que visa à proteção do indivíduo e de sua dignidade, assegurando a esse uma das condições elementares a efetividade do mínimo existencial.

No presente trabalho, não há por objetivo a análise exaustiva do instituto do bem de família e de suas modalidades, cabendo a esse o estudo sobre a possibilidade da constituição de penhora sobre o bem de família do fiador em contrato de locação.

Dessa forma, tendo em vista a finalidade do presente trabalho tratar-se-á somente do bem de família legal, uma vez que o tema objeto do presente artigo encontra-se no art. 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, que trata sobre essa modalidade de bem de família.

2.3 – DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL.

O legislador, em busca para conceder maior proteção à entidade familiar, criou, por meio da Medida Provisória 143/90, convertida na Lei nº 8.009/90, o bem de família legal, que veio estabelecer uma nova forma de impenhorabilidade do bem de família, cuja proteção independe de ato de vontade do titular.

Essa Lei trouxe uma modalidade de bem de família instituída pelo próprio Estado, *ope legis*, sendo considerada Lei de ordem pública em defesa do núcleo familiar, independente de ato constitutivo junto ao Registro de imóveis.

Esse modelo, trazido pela Lei 8.009/90 assegura a impenhorabilidade do imóvel onde reside o casal, ou entidade familiar, ao protegê-lo contra dívidas de qualquer natureza, contraídas pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos, que sejam seus proprietários e nele residam, ressalvada as hipóteses previstas em lei.

Na época em que essa lei entrou em vigor, parte da doutrina entendia ser de constitucionalidade duvidosa, uma vez que violava o princípio da sujeição do patrimônio do devedor ao pagamento de seus débitos.

Em que pese as críticas surgidas na época, a Lei 8.009/90 foi entendida como plenamente constitucional por maioria da doutrina, tendo em vista tratar-se de norma que visava à proteção de um interesse maior, sendo, portanto, razoável a exceção ao princípio da sujeição patrimonial do devedor trazida pela novel legislação.

Resta evidente que o instituidor do bem de família, nesse caso é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar, reconhecendo a impenhorabilidade do imóvel que serve de residência para o

titular e o seu núcleo familiar, por força da própria lei, não exigindo qualquer registro em cartório ou ato expresso de vontade.

A impenhorabilidade legal do bem de família atinge não apenas o imóvel, mas também as suas construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos, além de acobertar os móveis que guarnecem o lar, desde que quitados (art. 1º, Lei 8.009/90).

Importante destacar que diferentemente do bem de família voluntário, o bem de família legal apenas prevê a impenhorabilidade do imóvel, não contemplando a sua inalienabilidade. Sendo assim, não há que se falar em restrições para a venda desse tipo de imóvel, que poderá ser realizada sem que haja qualquer interferência do poder judiciário para tal.

O objetivo da garantia à proteção do patrimônio mínimo, consubstanciado no bem de família não tem por objetivo conceder proteção ilimitada ao devedor, de forma a desequilibrar a relação credor-devedor. Por certo, o credor também merece a proteção estatal de modo a resguardar a sua própria dignidade, o que o ordenamento visa a tutelar é o equilíbrio entre esse dois pólos, ponderando os interesses envolvidos na relação.

2.4 – EXCEÇÕES À REGRA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL.

O fundamento da impenhorabilidade do bem de família legal é a proteção da dignidade do devedor e, por conseguinte, de seu patrimônio mínimo. No entanto, em

determinados casos a natureza especial da dívida não justifica a impenhorabilidade do bem.

Diante de certas situações e interesses e tendo em vista o princípio da proporcionalidade, alguns casos apresentam-se com especial relevância permitindo que quanto a esses haja exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, sendo possível a execução dessas obrigações, com o propósito de assegurar a dignidade do titular do crédito.

O artigo 3º da Lei 8.009/90 traz as hipóteses em que há exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, quais sejam i) créditos de natureza trabalhista ou previdenciária de trabalhadores da própria residência; ii) créditos financeiros destinados à construção ou aquisição do próprio imóvel, não abrangidos os créditos destinados a reforma do imóvel; iii) pensão alimentícia; iv) impostos, taxas e contribuições devidas em função do imóvel; v) execução de hipoteca que recaia sobre o próprio bem, dado voluntariamente em garantia pelos titulares, em prol do núcleo familiar; vi) valores decorrentes da aquisição do imóvel com o produto de crime ou para a execução de sentença criminal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Com a entrada em vigor da Lei 8.009/90, o mercado imobiliário foi diretamente atingido, uma vez que agora, era necessário que o fiador para a locação de um imóvel possuísse mais de uma propriedade, já que a lei protegia o único bem residencial do núcleo familiar, estando esse coberto pela impenhorabilidade.

Em razão desse incômodo gerado ao mercado imobiliário, o legislador foi pressionado e com o advento da Lei do inquilinato (Lei 8.245/91) alterou o artigo 3º da Lei 8.009 que tratava sobre as exceções a impenhorabilidade do bem de família,

incluindo o inciso VII, que trouxe à baila a possibilidade de penhora sobre o bem de família do fiador.

Ao se analisar as circunstâncias em que ocorreu essa mudança, percebe-se que o principal motivo para a referida alteração foi o fortalecimento e a segurança do mercado imobiliário.

Em linhas gerais, as hipóteses de excepcionalidade que autorizam a penhora do bem de família se justificam pela maior importância dos interesses ali mencionados. O pagamento dessas dívidas apresenta-se com maior relevância diante da preservação do bem, isso é, as demais exceções previstas tutelam bens ou interesses jurídicos de patamar superior ou igual à proteção do bem de família.

Contudo, a hipótese prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, tema do presente trabalho, apresenta evidente inconstitucionalidade, por violar o princípio da isonomia e do direito fundamental à moradia introduzido pela EC 26/00.

A Emenda Constitucional nº 26 trouxe o direito à moradia para o rol dos direitos sociais previstos na Constituição, passando o artigo 6º a ter a seguinte redação:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A partir da edição dessa Emenda Constitucional, com a previsão do direito à moradia entre os direitos sociais, grande debate foi travado sobre a questão de ter essa previsão revogado ou não o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90.

3 – DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR.

Antes de adentrar ao mérito da questão, cabe tecer alguns breves comentários a respeito do contrato de fiança.

No ordenamento jurídico pátrio existem duas espécies de garantias, a reais e as pessoais (fidejussórias).

As garantias reais são aquelas nas quais ocorre a separação de determinado bem do patrimônio do devedor, respondendo a coisa pela solução da dívida, e são representados pelos institutos do penhor, da anticrese e da hipoteca. Já as garantias fidejussórias correspondem ao pagamento da dívida por um terceiro estranho a relação obrigacional, tendo como principais exemplos a fiança e o aval.

A fiança, conforme lição de Tepedino, (2006, p.630) “é o contrato pelo qual se estabelece um tipo de garantia pessoal, em que alguém (fiador) se obriga ao cumprimento da obrigação de terceiro (afiançado), se este faltar à sua prestação.”

O contrato de fiança é classificado como unilateral, gratuito, personalíssimo e acessório.

Unilateral porque cria obrigações para apenas uma das partes, qual seja, o fiador; gratuito (em regra) porque o fiador apenas suporta o sacrifício patrimonial, não auferindo nenhuma vantagem; *intuitu personae* uma vez que é celebrado em razão da

confiança depositada pelo credor no fiador e por fim acessório porque não tem existência autônoma e independente, estando sempre ligada ao contrato principal.

O inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 traz a penhorabilidade do bem de família do fiador decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, enquanto o imóvel do locatário, devedor principal encontra-se protegido pela regra geral da impenhorabilidade legal, o imóvel residencial do fiador, devedor acessório, é penhorável por força da exceção trazida pelo dispositivo da Lei 8.009/90.

Pela atual redação legal, os bens móveis ou imóveis, eventualmente existentes do locatário, que é devedor principal no contrato de locação, não poderão ser penhorados uma vez que incidirá sobre eles a impenhorabilidade legal, conforme artigo 1º da referida lei. Contudo, essa mesma lei permite a penhora do imóvel que serve de moradia para o fiador, garante do contrato de locação, restando este desamparado, ocorrendo, com essa situação, violação direta à igualdade substancial constitucional.

Diante desse quadro, observa-se a total incompatibilidade entre esta norma (inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90) e a Constituição da República, seja porque a mesma é incompatível com a proteção jusfundamental à moradia, seja em razão da quebra da igualdade substancial, tratando de forma diferente devedores originados pela mesma causa.

Em que pese o entendimento defendido no presente trabalho ser pela inconstitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, é certo que existe posicionamento doutrinário e jurisprudencial pela constitucionalidade do mencionado dispositivo.

Aqueles que defendem a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, dentre eles Tucci (2003) e Santos (2006), entendem que a exceção contida no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 tem eficácia plena, não obstante o advento do direito à moradia, introduzido pela EC 26/00.

Argumentam que o direito à moradia, sendo um direito social por excelência é uma norma constitucional programática, dependendo de norma infraconstitucional para dar-lhe eficácia, não podendo ser reconhecida sua eficácia de plano.

Um segundo argumento trazido pelos adeptos desse entendimento é que a previsão contida no inciso VII constitui um importante incentivo ao direito à moradia, nas palavras de Souza (2004, p.272/274) “... com a referida norma, facilita-se o direito à moradia, não só do locatário, mas da coletividade, pois se propicia com ela o aumento de moradas para a população, sem a necessidade de aquisição de um imóvel.”

Defendem, também, que não há que se falar em violação do princípio constitucional da isonomia, uma vez que os contratos de locação e fiança são distintos, devendo o locatário responder pelas obrigações decorrentes do contrato de locação, ao passo que ao fiador caberia a responsabilidade pelo contrato de fiança.

Por fim, aduzem que se fosse considerada inconstitucional a exceção trazida pelo inciso VII haveria uma redução na oferta de imóveis para locação, bem como uma generalização do uso de “fiadores profissionais”, o que traria grande prejuízo ao mercado imobiliário e principalmente àqueles que não possuem imóveis e precisam se utilizar da locação.

Para os defensores da inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, dentre eles Carli (2009) e Alberton (2003), sustentam que diante da previsão Constitucional do direito à moradia, a exceção prevista na Lei 8.009/90 teria perdido sua eficácia, uma vez que a EC 26/00 não teria recepcionado o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90.

Alegam que a previsão da penhora do bem de família do fiador afronta o princípio da isonomia, na medida em que trata de forma desigual situações iguais, violando o brocardo, “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”, isso é, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. A violação ocorreria no sentido em que o direito social à moradia é direito de todos e diante dessa situação a impenhorabilidade do bem de família não deveria ficar restrita somente ao locatário, devendo, por observância ao princípio constitucional ser estendida ao fiador.

Ocorreria, também, afronta ao princípio da isonomia, na medida em que a fiança, por ser contrato acessório, geraria para o fiador, obrigação mais onerosa do que a cabível ao locatário, decorrente do contrato principal.

Por último, argumentam que exceção prevista no inciso VII se diferenciaria das demais, uma vez que quanto a estas, as exceções se justificariam pela previsão de bens e interesses de maior ou igual relevo, enquanto a exceção contida no inciso VII decorreria de mera pressão exercida pelo mercado de locação, em que se privilegiou interesses econômicos em detrimento do direito fundamental.

Silva (2000) entende que o artigo em comento da Lei 8.009/90 é inconstitucional por dar tratamento diferenciado a duas obrigações que possuem o mesmo fundamento, quais sejam, a obrigação do fiador e a do locatário, podendo-se

mesmo considerar iguais, o que contraria a isonomia prevista no caput do artigo 5º da Carta Maior .

Além da violação ao princípio da igualdade substancial, nota-se também uma afronta ao fato de que a propriedade consubstanciada no bem de família não vale de per se, posto ser mero instrumento para a concretização do direito fundamental à moradia, este, por sua vez, requisito essencial a efetividade de outros valores fundamentais, como a vida, a educação, a saúde e cidadania.

Conforme lição de Tartuce (<<http://www.juristas.com.br/>> pesquisa em: 17/01/2010) essa permissão a penhora do bem de família do fiador locatício agride, frontalmente, a proporcionalidade constitucional, uma vez que o fiador perde o bem de família e, em direito de regresso, não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal.

3.1 – DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Diante da flagrante inconstitucionalidade do dispositivo em comento, a Corte Maior, o STF, já se manifestou pela incompatibilidade do referido inciso VII com o texto constitucional. Afirmou, em determinado momento, que com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 24.2.2000, alterando a redação do artigo 6º da Constituição Federal (CF), para incluir entre os direitos sociais do cidadão “a moradia” (“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

desamparados, na forma desta Constituição”), o inciso VII da Lei nº 8.009/90 não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional, instituída pela Emenda nº 26/2000, em virtude da elevação da ”moradia” ao patamar de direito social (RE 352.940-4/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

Entendeu o Min. Carlos Veloso tratar-se situação contraditória pela qual a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não havendo dúvida que a ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito.

Infelizmente, em julgado posterior, mais precisamente no RE nº 407.688 de 2006 a Corte Constitucional deliberou por maioria, em sentido diverso, retrocedendo na compreensão garantista da matéria, entendendo ser compatível com o Texto Constitucional o dispositivo indigitado, sob o argumento de que com isso seria facilitado 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. (STF, Ac. Plenário, RE 407.688/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j.8.2.06).

Durante o julgamento desse recurso extraordinário duas questões apresentaram-se com especial relevância. A primeira era se devia prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador e arcar com as respectivas conseqüências decorrentes da celebração desse contrato; e a segunda era se diante do caso o direito social à moradia devia prevalecer.

Em suma, a discussão se pautou no fato do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 estar ou não em confronto com texto constitucional e ao final da votação, foi entendido por maioria, 7 votos a 3, que o dispositivo estaria de acordo com a Carta Maior, devendo prevalecer a possibilidade de penhora sobre o bem de família do fiador.

Interessante observar como bem salientou De Carli (2009, p.157) “que a maioria dos ministros da Suprema Corte brasileira, ao enfrentar a questão em tela, utilizou predominantemente, base argumentativa fundada em elementos econômicos” em detrimento de um direito humano fundamental.

Sendo assim, apesar da inadequação dos fundamentos adotados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o entendimento predominante é que é possível a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.

CONCLUSÃO.

Em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal acima esposado, o presente trabalho, ousa discordar da decisão emanada da Suprema Corte, defendendo o entendimento que pugna pela inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90.

A decisão da Corte Maior deixou de observar em sua decisão a visão civil-constitucional que deveria permear a interpretação da referida norma, utilizando como fundamento argumentos muito mais econômicos do que propriamente jurídicos.

Segundo o voto do Ministro relator Cezar Peluso, proferido no julgamento do RE 407.688/SP, o cidadão tem a liberdade de escolher se deseja ou não figurar como parte no contrato de fiança decorrente de relação locatícia, devendo, por conseguinte arcar com os riscos inerentes à condição de garante (fiador).

Com essa interpretação, demonstrou a Corte Constitucional um apego exagerado a princípio contratual do *pacta sunt servanda*, preferindo tutelar a obrigação do fiador no contrato de fiança e seu fiel cumprimento do que proteger o único bem de família daquele que figura como garante no contrato de locação.

Em sua valoração conferiu maior relevância aos interesses relacionados às garantias creditícias do que aqueles que tinham por objetivo tutelar o direito fundamental do indivíduo.

A questão apresenta-se da seguinte forma: o fiador em contrato de locação, titular da obrigação acessória que tem por objetivo garantir o contrato principal, qual seja a locação, ficará desamparado, uma vez que, a lei a ele não estende a proteção da impenhorabilidade do bem de família.

O locatário, por sua vez, devedor principal do contrato de locação estará resguardado pela norma, gozando o seu imóvel da proteção integral conferida pelo diploma legal.

Diante do presente quadro não há como defender a constitucionalidade da norma prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, que dispõe sobre a possibilidade de penhora do bem de família do fiador.

Conforme ensinamento de Alberton (2003), ao se referir a hipótese trazida pelo inciso VII, a autora entende que os operadores do direito diante da leitura do dispositivo devem admitir a existência de flagrante injustiça e inobservância do princípio constitucional da isonomia que lhe retiraria a validade. Havendo uma desigualdade entre o tratamento dispensado ao devedor principal, locatário, e o fiador não deveria ser aplicado o inciso VII, não sendo essa atitude, negatória de sua vigência, mas sim afirmação quanto a sua invalidade diante da inobservância do princípio constitucional da isonomia.

A violação ao princípio constitucional da isonomia ocorre na medida em que a norma declara como impenhorável o bem imóvel do devedor locatário, tratando de forma diversa o imóvel do fiador que ficaria sujeito a penhora em caso de inadimplemento do locatário no contrato de locação. O tratamento conferido ao fiador demonstra total inobservância ao direito social à moradia previsto no artigo 6º da Constituição, ou seja, deixa de tutelar um direito fundamental de 2ª geração.

De acordo com De Carli (2009) a norma contida no inciso VII afronta a Constituição sob vários aspectos violando o princípio da dignidade da pessoa humana; contrariando o princípio da isonomia; afrontando o princípio da proibição do retrocesso; e por fim violando outros valores fundamentais quais sejam: a vida; o desenvolvimento humano e o mínimo existencial.

O princípio da proibição do retrocesso tem como finalidade impedir a atuação do poder público que se dirija a violar de maneira direta os direitos fundamentais e as normas constitucionais. Dessa forma haveria violação a esse princípio nas palavras de Godoy (2006, p.187), “uma vez que lei posterior não poderia suprimir um direito social

ou uma garantia social sobe pena de promover um retrocesso, violando igualmente um princípio constitucional”.

Sendo assim, não poderia o inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90 prever a possibilidade de penhora do único bem de família do devedor diante da previsão Constitucional do direito à moradia, apresentado-se essa exceção como violadora do princípio da proibição ao retrocesso.

Dessa forma, diante do exposto, a norma contida no inciso VII apresenta-se como violadora de princípios constitucionais entre eles, isonomia, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso. Não há como conferir constitucionalidade à previsão de penhora do único bem de família do fiador trazida pela Lei 8.009/90 diante do direito fundamental à moradia.

Como bem assevera De Carli (2009) a única possibilidade para a permanência desse dispositivo em nosso ordenamento, sem que haja violação a constituição é conferir a ele interpretação conforme a Constituição no sentido de somente permitir a penhora do bem do fiador quando este possui mais de uma imóvel, pois só assim estaria preservado o seu bem de família, expressão do direito constitucional à moradia conferido a todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

DE CARLI, Ana Alice. *Bem de Família do Fiador e o Direito Humano Fundamental à Moradia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo Imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.