



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Fiador e seu Bem de Família nos Contratos de Locação e as Recentes Decisões dos Tribunais Superiores.

Marina Valverde

Rio de Janeiro
2010

MARINA VALVERDE

O Fiador e seu Bem de Família nos Contratos de Locação e as Recentes Decisões dos Tribunais Superiores.

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

Orientadores: Dra. Mônica Areal
Dra. Kátia Araújo
Dr. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

O FIADOR E SEU BEM DE FAMÍLIA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO E AS RECENTES DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

Marina Valverde

Graduada pela Faculdade Cândido Mendes.

Resumo: O trabalho enfoca o fato de que o bem imóvel, usado como moradia do fiador, tornou-se impenhorável o que acarretou uma retração do mercado imobiliário. Pensando nesse fato, o legislador acresceu através do artigo 82 da Lei de Locação, Lei nº 8.245/91, mais uma exceção à alegação de impenhorabilidade do bem familiar, qual seja, a obrigação advinda de fiança locatícia, artigo 3, inciso VII da Lei nº 8.009/90. Desde então, nossos tribunais reconhecem a validade da penhora do bem do fiador quando esta resultar de obrigação originada em contrato de locação. Contudo, o legislador novamente tornou o tema discutível diante da nova redação conferida ao artigo 6º da Constituição Federal, determinada pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000, pela qual transformou a moradia em direito social.

Palavras-chave: Fiador, Bem de Família, Lei do Inquilinato.

Sumário: Introdução. 1. Origem, conceito e modalidades do bem de família. 2. Lei do Inquilinato. 3. Garantias Locatícias. 4. Violação ao Princípio da Isonomia. 5. Análise Jurisprudencial. . Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A aplicação do benefício da impenhorabilidade de bem de família, decorrente de fiança, em contrato de locação, está previsto no inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009, de 28.3.90, mas nem sempre foi pacífica na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Este artigo relata ser a impenhorabilidade oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal,

previdenciária, trabalhista, ou de outra natureza, salvo se movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato locação.

Tal benefício foi introduzido na Lei nº 8.009/90¹, pelo artigo 82 da Lei nº 8.245, de 18.10.91, que acrescentou o inciso VII acima referido, excepcionando, entre outras hipóteses, a impenhorabilidade de bem de família, ou de entidade familiar, por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 24.2.2000, alterando a redação do artigo 6º da Constituição Federal (CF)², para incluir entre os direitos sociais do cidadão “a moradia”, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) passou a entender que o inciso VII da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, instituída pela Emenda nº 26/2000, em virtude da elevação da “moradia” ao patamar de direito social. Entendeu-se que a Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º, da Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao artigo 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”, não foi recepcionada pelo art. 6º, Constituição da República Federativa Brasileira, com a redação da EC 26/2000, de forma a não admitir a penhora do bem de família, na situação fática.

¹ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III -- pelo credor de pensão alimentícia; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), mesmo após a alteração da referida regra constitucional, entendeu pela admissibilidade do artigo 3º, VII, da Lei 8009/90³. Porém, esse entendimento não prevaleceu em recente julgado da 5ª Turma do STJ⁴, que se firmou pela impenhorabilidade do bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, teria sido recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal.

A questão ora em estudo foi examinada, inicialmente, pelo STF, em 30.8.05, no Recurso Extraordinário nº 395.323-SP, no qual se discutia “a constitucionalidade da penhora de bem de família do fiador em contrato de locação”. O relator Ministro Carlos Ayres Britto determinou o sobrestamento desse recurso, face à pendência de julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688, em que era relator o Ministro Cesar Peluso, cujo tema era a apreciação da constitucionalidade daquele dispositivo legal.

O Recurso Extraordinário nº 407.688⁵ foi julgado pelo pleno do STF, em 8.2.2006, por maioria de votos, prevalecendo o voto do Ministro-Relator CEZAR PELUSO no sentido de admitir a penhorabilidade do bem de família do fiador, porque: “A Lei nº 8.009/90 é clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade o bem de família do fiador” e que “o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel e, nessa situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica”.

³ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA DE FIADOR. PENHORA. POSSIBILIDADE. 1. O entendimento desta Corte está na linha da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do RE nº 407.688-8/SP, DJU de 8/2/2006, declarou a constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, que excepcionou da regra de impenhorabilidade do bem de família o imóvel de propriedade de fiador em contrato de locação. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. DJe 17/11/2008.

⁴ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. (...) 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)”. (REsp 745161/ SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, j. 18.8.05, DJ 26.9.05, p. 455)

⁵ 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, CF. Constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, Lei 8.009/90, com a redação da Lei 8.245/91. Recurso Extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inciso VII, Lei 8.009/90, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245/91, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

O voto divergente entendeu que a Constituição ampara a família e a sua moradia e que essa proteção consta do artigo 6º da Carta Magna, de forma que o direito à moradia seria um direito fundamental de 2ª geração, que tornaria indisponível o bem de família para a penhora.

Não obstante a existência de forte argumento contrário à penhora admitida pelo STF, o cumprimento da obrigação decorrente da relação locatícia, quando tal possibilidade não alcança o devedor principal e locatário, permite dizer que o artigo 3º da Lei do Inquilinato afronta a isonomia constitucional prevista no caput do artigo 5º da Constituição Federal⁶, padecendo, pois, de vício de inconstitucionalidade material.

1 – ORIGEM, CONCEITO E MODALIDADES DO BEM DE FAMÍLIA

No seu atual contorno científico, o bem de família nasceu na República do Texas, em 1839, logo depois que o Texas tornou-se independente do México, mas antes de se incorporar aos EUA, o que só ocorreu em 1845. Em 1839, a República do Texas publicou uma lei que era a Lei do *Homestead*, que tornou impenhorável o lar familiar.

O Texas tornou-se independente do México e era uma extensão enorme de terra, praticamente virgem. Chamavam-no de *Big Country*. Milhares de americanos e europeus afluíram para aquele novo continente com terras férteis, clima, comparativamente com outros locais, ameno. A população do Texas, que era de 70 mil pessoas, três anos depois já era de 250 mil. E todos se atiraram num trabalho insano de agricultura e pecuária. Precisando de capital para comprar sementes, terras e construir suas casas, os bancos logo perceberam esta

⁶ Art. 5º 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, nos termos seguintes:

necessidade e deslocaram-se para o Texas. Desenvolveu-se uma especulação extraordinária porque era muito fácil conseguir dinheiro e promissoras oportunidades. Todos passaram a ser agricultor, pecuarista e especulador ao mesmo tempo.

Até que, em 1837, um grande banco, com sede em Nova Iorque, quebrou e, com isso, causou uma turbulência econômica, em efeito dominó, e os preços dos produtos agrícolas despencaram. Os pecuaristas e fazendeiros começaram a não conseguir pagar os empréstimos e os bancos começaram a executar as dívidas e a pracear as casas e as fazendas. O governo do Texas percebendo que isso seria uma catástrofe porque a região voltaria a ficar uma terra de ninguém, publicou a Lei do *Homestead*, ou seja, não seria possível aos credores, principalmente aos bancos, penhorar e leiloar os imóveis, as residências, para que eles se sentissem incentivados a começar de novo.

Posteriormente, em 1862, os Estados Unidos, enfrentando uma luta para consolidar sua independência econômica e política, publica a lei o *homestead* federal, onde o governo concedia terras públicas a quem se estabelecesse nela por cinco anos, com o objetivo de incentivar a marcha para o oeste para a colonização de terras improdutivas. Institui-se, então, naquele país, uma política de concessão de terras situadas na região oeste, com características agrícolas, às famílias que transferissem seu domicílio para as terras doadas. Dessas famílias, todavia, exigia-se que tornassem a terra concedida produtiva, para que, ao final de cinco anos, adquiririam o domínio definitivo. Essa porção de terra era denominada *homestead* federal, e, durante cinco anos de cultivo na terra, o imóvel era inalienável e impenhorável.

No Brasil, o bem de família surge no Código Civil de 1916 porque Clóvis Bevilacqua apaixonou-se pela instituição, pelo seu sentido social, e, então, tratou de importá-la para o nosso sistema. E o bem de família aparece nos artigos 70 a 73 do Código de 1916, inserido na Parte Geral. Era permitida a instituição dos bens de família, ao chefe da família. Este, que era o marido, que instituíam o bem de família. Estabelecia-se a isenção de execução

por dívidas, salvo os impostos que recaíssem sobre o imóvel. Estabelecia-se a duração dessa isenção que seria enquanto vivos fossem os cônjuges e a prole permanecesse incapaz. Também se estabeleceu, expressamente, que só poderia instituir bem de família aquele que, no momento da instituição, fosse solvente, porque se percebeu que a impenhorabilidade inerente ao bem de família poderia prejudicar os credores do instituidor. Garantiu-se a imutabilidade da destinação e estabeleceu-se que a instituição só poderia ser feita por escritura pública. Somente com a Lei 8.009/90, criou-se o bem de família legal.

O instituto do bem de família que, segundo Manoel Mendonça⁷, é uma porção de bens definidos que a lei ampara e resguarda em benefício da família e da permanência do lar, tem por objetivo garantir pequena soma material para atendimento das necessidades primeiras, impedindo a desarticulação do lar familiar em casos de reveses de execução patrimonial.

A finalidade de sua instituição consiste na idéia de se salvaguardar um imóvel, destacado do restante do patrimônio da família e afetado à sua moradia, tornando-o isento da execução por dívidas futuras, salvo as de origem tributária e de taxas de condomínio referentes ao mesmo imóvel.

A sede da proteção que exsurge do instituto do bem de família é indubitavelmente constitucional. Seu escopo primeiro é resguardar a entidade familiar, instituição reputada por nossa Constituição Federal como base de nossa sociedade, e merecedora, pois, da especial proteção do Estado.

⁷ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro. Ed. Freitas Bastos, ano 1971, p.92.

⁸ Família monoparental é a definida na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 226, §4º, como sendo a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Vale lembrar, o conceito de família inaugurado pelo sistema constitucional de 1988 foi sensivelmente ampliado, para abarcar não somente aquela proveniente do casamento civil, como também a decorrente de união estável, a monoparental⁸ e o casal sem filhos.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 364, do seguinte teor: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Geralmente, se entende como entidade familiar o grupamento formado pelo casal. Mas pode ocorrer que alguém, por mudança de seu estado civil ou por preferir a vida celibatária, resida sozinha em seu imóvel. Nem por isso perde a qualidade de uma pessoa humana integrada em comunidade familiar, conquanto seus parentes residam em outro local.

O instituto do bem de família visa, ainda, ao atendimento do desiderato constitucional que eleva a moradia à categoria de direito social⁹, incluindo-a entre os chamados direitos de segunda geração.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado, é outro princípio constitucional atendido, na medida em que se assegura ao devedor que, por mais dívidas que este tenha, a casa onde mora com sua família estará resguardada, e não se sujeitará à penhora, garantindo-se, assim, um mínimo que lhe permita a existência digna.

Homenageia, por fim, o também constitucional princípio da função social da propriedade, pois elege a moradia da entidade familiar, e não o pagamento de dívida, como função social mais relevante a ser cumprida pelo imóvel.

De acordo com a doutrina¹⁰, há duas espécies, ou modalidades, de bem de família.

⁹ Recentíssima alteração constitucional foi levada a efeito com a manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador que elevou a moradia ao status de direito constitucional. A chamada competência reformadora exercida pelo Congresso Nacional ampliou o rol dos conhecidos direitos sociais, com a Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou a redação do art. 6º da Constituição Federal.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *A penhora do Bem de Família do fiador de locação*. Abordagem atualizada. Texto publicado na *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, nº 40, mar, abr/2006. p. 11-15.

Há o bem de família legal, previsto na Lei Federal 8.009, de 1990, tratando-se de medida de natureza processual, que exclui o imóvel em que a família reside de constrições judiciais por dívida. E o bem de família voluntário, previsto nos artigos 1.711 a 1.722, do Código Civil, tratando-se de uma afetação feita pelo particular, destinando um imóvel em específico à residência da família.

Em ambos os casos, impede-se alienação judicial do imóvel para a satisfação de dívida, o que veda, por exemplo, a instituição de hipoteca sobre imóvel já registrado como bem de família voluntário. No bem legal não se exige que a família seja proprietária exclusiva do imóvel, podendo ser, inclusive, mera possuidora. Já no bem voluntário, a propriedade deve ser plena e, pois, exclusiva para que seja possível a sua instituição.

O bem de família legal, previsto na Lei 8.009, de 1990, não tem qualquer repercussão no Registro de Imóveis. Sua constituição independe do registro, operando-se *ex vi legis*, ou seja, à vista da lei. Por essa exata razão, constituindo o bem de família legal uma garantia inerente à moradia, afirma-se que ele se presta melhor a corporificar os mencionados desideratos constitucionais. Sua natureza jurídica é de garantia, de preservação de um patrimônio mínimo, um imóvel no qual possa residir a família.

Quanto ao bem de família voluntário, o Código Civil de 2002¹¹ estabelece normas sobre o instituto, exigindo que o bem não ultrapasse um terço do Patrimônio líquido da entidade familiar. Patrimônio líquido é a soma de todos os haveres da entidade familiar, deles se subtraindo todas as dívidas existentes ao tempo de sua instituição. A constatação de que o bem instituído não ultrapassa o limite de um terço do patrimônio líquido do beneficiário refoge por completo à alçada do registrador. Assim, tal declaração deve ser firmada unilateralmente pelo beneficiário, sob pena de sua responsabilização civil e penal.

¹¹ Artigo 1.711, CC/2002. BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

Ressalta-se que a pouca eficácia social do bem de família voluntário decorre exatamente do caráter marcadamente elitista da previsão legal, já que ele só se dirige à ínfima parcela da sociedade que tem a propriedade de mais de um imóvel residencial, e que deseja fazer recair a impenhorabilidade sobre o de maior valor. Ademais, a realidade de o imóvel residencial corresponder a apenas um terço do patrimônio líquido da família soa absurdo para, seguramente, mais de noventa e cinco por cento da população brasileira.

2 – A LEI DO INQUILINATO

A Lei 8.009, de 1990, com apenas oito artigos, mas com enorme amplitude prática, protege, de forma automática, o imóvel de residência de entidade familiar (Bem de Família Legal). A impenhorabilidade do Bem de família abrange, inclusive, os bens móveis que guarnecem a residência, desde que essenciais à família¹². As exceções à impenhorabilidade constam no artigo 3º da mesma Lei¹³.

¹² A Lei 8009/1990. “Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”. “Artigo 2º. Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.” Quanto aos móveis essenciais à entidade familiar, podem ser retirados alguns exemplos da obra de Theotônio Negrão, a partir da experiência jurisprudencial (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Atualizador : José Roberto F. Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 37ª Edição, 2005, p.1212). Assim, são considerados impenhoráveis: a antena parabólica, aparelho de televisão, armários de cozinha, dormitório, estofados, fogão, geladeira, guarda-roupas, jogos de jantar, jogos de sofás, secadora de roupas e toca-fitas. Por outro lado, são bens móveis penhoráveis: aparelho de ar condicionado, aparelhos elétricos sofisticados, bicicleta e piscina de fibra de vidro.

¹³ A Lei 8009/1990. “Artigo 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III- pelo credor de pensão alimentícia; IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V- para execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI- por Ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

Várias são as polêmicas relativas ao Bem de família pois é um instituto relacionado com uma das fundamentais necessidades do ser humano: a moradia ¹⁴. Mostra-se importante a análise de algumas dessas questões controvertidas que constituíram pano de fundo do recente cenário civilístico nacional.

Como primeira questão controvertida, pode ser citada a discussão acerca da proteção do imóvel em que reside pessoa solteira. A nova súmula do Superior Tribunal de Justiça, aprovada pela Corte Especial, amplia os casos em que se pode usar a proteção do Bem de Família. Segundo a súmula 364, “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Para o STJ, o fim teleológico da Lei 8009/90 não é proteger um grupo de pessoas, mas a pessoa: a sua dignidade e o direito constitucional à moradia, o que ampara a impenhorabilidade do imóvel de residência do solteiro, separados e viúvos. Outra aplicação prática a ser citada é o reconhecimento pelo STJ de ser impenhorável o imóvel em que residam duas irmãs ¹⁵, por se caracterizar o Bem de Família.

Outra questão a ser comentada é que toda essa tendência de proteção da moradia é confirmada pelos julgados que apontam que mesmo o imóvel locado a terceiro é Bem de Família, desde que os seus aluguéis sejam utilizados para a locação de um outro imóvel, destinado à residência da família ¹⁶.

Por fim, como último ponto de discussão recente, é fundamental salientar a que permeou o Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade do art. 3º, inc.VII, da Lei n.8009/90, pelo qual o fiador da locação pode ter seu imóvel de residência penhorado.

¹⁴ Prevê o artigo 6º da CRFB, conforme redação dada pela EC n.26: “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”.

¹⁵ “Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada as embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata o Lei 8009/1990” (STJ, Resp 57.606/MG,rel. Min. Fontes de Alencar, 4ª Turma, julgado 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p13.410).

¹⁶ “Processual civil. Execução. Penhora de imóvel. Bem de família. Locação a terceiros. Renda que serve a aluguel de outro que serve de residência ao núcleo familiar. Construção. Impossibilidade. Lei 8009/90, art. 1º. Exegese. Súmula 7, STJ. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei 8009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado”. (STJ, AGA 385.692/RS, julgado 09.04.2002, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19.08.2002,p.177.)

A inconstitucionalidade da norma já foi defendida por Flávio Tartuce¹⁷, mas, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu pela sua constitucionalidade, por maioria de votos, diante da preocupação da proteção do mercado¹⁸.

Outro interessante debate é acerca do oferecimento do bem de família à penhora pelo próprio devedor, o que pode ser denominado como a polêmica do Bem de Família ofertado.

Imagine um caso em que devedor, executado, ofereça o próprio Bem de Família, imóvel de sua residência, à penhora. Depois, o próprio devedor opõe embargos à penhora, alegando tratar-se de um imóvel impenhorável, por força da Lei 8.009/90. A questão cinge-se em saber se deve os embargos ser acolhidos já que o bem foi ofertado pelo próprio devedor. Surgem duas correntes sobre o tema.

Para uma primeira corrente¹⁹, os embargos opostos pelo devedor devem ser rejeitados de imediato. O fundamento é baseado na regra em que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, corolário da boa-fé subjetiva, aquela que existe no plano psicológico, intencional. Outro fundamento é a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), que também mantém relação com a boa-fé, mas de natureza objetiva, que existe no plano da lealdade dos participantes da relação negocial²⁰.

Porém, a premissa basilar para a tese contrária é aquela pela qual o Bem de Família Legal envolve um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia²¹. Do ponto de vista constitucional, os direitos mínimos ou o mínimo existencial matem relação com o direito

¹⁷ TARTUCE, Flávio. A penhora do Bem de Família do fiador de locação. Abordagem atualizada. Texto publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n. 40, mar. abr/2006. P. 11-15.

¹⁸ O julgado que concluiu pela constitucionalidade da norma tem a seguinte 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 8009/90, com a redação da Lei 8245/91. 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 8009/90, com a redação da Lei 8245/91, não ofende o art. 6º da CF. (STF, RE 407688 – SÃO PAULO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 08/02/2006)

¹⁹ Entre os doutrinadores que propõem essa solução, pode ser citado Daniel Amorim Assumpção Neves. Impenhorabilidade de bens. Análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. Disponível em [HTTP://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Daniel_impenhorabil.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Daniel_impenhorabil.doc). (Acesso em 17 de outubro de 2007).

²⁰ Na IV Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2006, foi aprovado o enunciado n. 362, prevendo que “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos artigos 187 e 422, CC”.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito constitucional. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005, p.37. Nesse trabalho, o autor desenvolve muito bem a idéia do mínimo existencial.

à moradia, previsto no art. 6º da Constituição da República Federativa, um direito social e fundamental. Já sob o prisma civil, esse feixe de direitos representa o direito à propriedade mínima: o direito ao imóvel próprio como um direito mínimo para o livre desenvolvimento da pessoa. A partir dessa idéia, conclui-se que os embargos à execução, devem ser acolhidos na hipótese do oferecimento do Bem de Família ²².

3 – GARANTIAS LOCATÍCIAS:

Para reduzir o risco do eventual inadimplemento das obrigações do locatário, especialmente quanto aos pagamentos dos aluguéis e encargos, permite a lei que o locador exija garantias.

No campo da locação, várias são as garantias ²³. As elencadas na Lei do Inquilinato são a caução, a fiança, o seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento, cabendo ao locador o direito de escolher.

No presente trabalho, estuda-se a impenhorabilidade dos bens do fiador no contrato de fiança para fins locatícios. A fiança é uma garantia pessoal (caução fidejussória) dada por uma pessoa intitulada fiador (quem afiançou) e que se responsabiliza em nome do afiançado (o abonado). Assim, o fiador é pessoa física ou jurídica que se obriga pelo afiançado (devedor), assumindo, total ou parcialmente, obrigação pecuniária contraída e não paga pelo afiançado, com base em contratos. A fiança pode ser dada por uma ou mais pessoas. É um contrato de

²² Julgados do STJ: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO À PENHORA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO ASSUGURADO PELA LEI 8009/90. IMPOSSIBILIDADE. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ. Destarte, a indicação do bem de família à penhora não produz efeito capaz de ilidir o benefício assegurado pela Lei 8009/90. Precedentes: Resp 684.587 – TO, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ de 13 de março de 2005).

²³ O artigo 37 da Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991, preconiza o rol exaustivo das garantias locatícias, lembrando-se que somente uma garantia poderá ser exigida pelo Locador.

natureza acessória, cuja existência pressupõe a existência um contrato principal entre credor e devedor.

A fiança é uma garantia de natureza acessória e subsidiária, sendo assegurando ao fiador o benefício de ordem, segundo o qual, primeiro execute-se os bens do devedor, e se não for suficiente, executam-se os bens do fiador. Assim, o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide (em caso de ação de cobrança) ou no prazo da nomeação de bens à penhora (em demanda de execução judicial), que sejam primeiro executados os bens do devedor. O fiador que alegar o benefício de ordem deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

O benefício de ordem não poderá ser requerido pelo fiador se ele o renunciou expressamente²⁴; se ele obrigou-se como principal pagador, ou devedor solidário ou se o devedor for insolvente, ou falido.

A fiança dada por duas ou mais pessoas acarreta, salve ajuste expresse, a solidariedade entre os fiadores. Assim, segundo o Código Civil, a fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão. Por outro lado, estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento. Cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado.

O fiador tendo assumido o pagamento da dívida poderá recupera o seu prejuízo. Assim, se ele pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá

²⁴ "RESP - CIVIL - LOCAÇÃO - FIANÇA - BENEFÍCIO DE ORDEM. O fiador não pode invocar o benefício de ordem quando, literalmente, além de obrigar-se solidariamente com o inquilino para efetuar o pagamento do aluguel, renuncia ao benefício de ordem." (STJ, REsp n. 108.127/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 2.12.97, DJ.: 8.6.98, p. 182).

demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota. Ressalte-se que a parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros. O devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança. É assegurando ainda ao fiador o direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora.

Com a inclusão do inciso VII da Lei 8.009/90 feita pelo artigo 82 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), até o único imóvel residencial do fiador passou a ser penhorável, uma vez que passou a constituir-se em mais uma exceção à regra geral da impenhorabilidade legal. A razão para a alteração supracitada é a segurança e o fortalecimento do mercado imobiliário, consoante assim bem adverte Genacéia da Silva Alberton ²⁵ in 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.

A controvérsia que se levanta, portanto, é a de que, essa garantia de penhorabilidade do imóvel do fiador para incentivar a locação, tornar-se-ia difícil trabalhar no mercado imobiliário.

Acerca do artigo 82 da Lei de Locações, a jurista Maria Helena Diniz ²⁶ assim dispõe:

Devido ao acréscimo do inciso VII ao artigo 3º da Lei n. 8.009/90, a impenhorabilidade de imóvel residencial do casal ou da entidade familiar não será oponível em processo de execução civil movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. O fiador não poderá, então, beneficiar-se da impenhorabilidade do imóvel onde reside com sua família, na hipótese de processo de execução relativo à fiança que prestou como garantia de um pacto locatício, assegurando o cumprimento das obrigações contratuais ex locato pelo afiançado (inquilino).

²⁵ ALBERTON, Genacéia da Silva. *Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador*. A Penhora e o bem de família do fiador de locação. José Rogério Cruz e Tucci (coordenação), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 119.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 329.

O fiador de contrato de locação não poderá opor a impenhorabilidade do imóvel que lhe serve de moradia, no processo de execução contra ele movido, em razão de fiança prestada. Se o inquilino não cumprir seus deveres locativos, abrir-se-á execução contra o seu fiador, e o imóvel onde este reside não estará coberto pela garantia legal de insuscetibilidade de penhora.

O locador, que veio a optar pela caução fidejussória, terá maior garantia do adimplemento das obrigações locatícias. Ou seja, enquanto impenhorável é o imóvel residencial do afiançado, devedor principal ou inquilino, vez que protegido pela regra geral da impenhorabilidade legal ditada pelo artigo 3º caput da Lei 8.009/90, o imóvel residencial do fiador ou devedor acessório é penhorável, por força da exceção legal prevista no artigo 3º inciso VII da dita lei.

4 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, a constitucionalidade da exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, foi mantida, por maioria dos votos, os quais trazem diferentes argumentos que afirmam pela penhorabilidade do único bem do fiador. As principais proposições podem se resumir ao resguardo do direito à moradia do locatário e do equilíbrio de mercado, e na prevalência da autonomia privada do fiador que se vincula aos encargos impostos pela fiança, desse modo não haveria incongruência entre o direito à moradia e a exceção prevista no artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90.

No julgamento acima, verifica-se um embate entre os interesses do mercado, figurados pela predominância do direito de crédito do locador, que reflete num direito tão somente de cunho patrimonial, e os interesses do fiador, representado pelo direito à moradia,

impregnado por um valor existencial sustentado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Este confronto de valores nos leva a refletir sobre a carência da solução tomada pela Suprema Corte, quando focou o discurso no rompimento do equilíbrio do mercado em detrimento de um direito fundamental econômico, o direito à moradia, imprescindível em um contexto de desigualdades sociais.

A conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal viola o princípio da isonomia (artigo 5º caput da Carta Magna), na medida em que a exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, introduzida pela Lei nº 8.245/91, feriu de morte do princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, e, por conseguinte, olvidando o brocardo "*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*", isto é, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Nesse sentido, advoga-se que o direito à moradia, em sendo um direito fundamental de 2ª geração – direito social – deve ser amparado e protegido pela regra geral da impenhorabilidade, pois diz respeito à moradia do homem e sua família, na medida em que a moradia é um direito fundamental de todos, locatários ou fiadores. De sorte que, o manto da impenhorabilidade deve ser estendida a ambos (inquilinos e fiadores) e não apenas sobre o bem de família do locatário, ficando ao desamparo o bem de família do fiador, passível de penhora.

A exceção capitulada no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 destoa das demais exceções ali previstas (incisos I a VI) – haja vista que estas tutelam valores a serem preservados que estariam em um patamar superior ou igual à proteção do bem de família, como é o caso da proteção do crédito trabalhista e do crédito de natureza 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

VII), restando mais do que patente que a inserção da obrigação decorrente de fiança deveu-se a reclamos do mercado de locação.

A referida exceção ofende o princípio da isonomia exarado no artigo 5º caput da Constituição Federal, vez que, em sendo a fiança um contrato acessório e subsidiário ²⁷, não é justo e lícito que o fiador assuma obrigações mais onerosas do que o afiançado (o devedor principal), ainda que ele (fiador) renuncie ao benefício de ordem ²⁸, pois mesmo assim o fiador estará pagando uma dívida que não lhe pertence e que de fato interessa exclusivamente ao devedor principal, o locatário ²⁹.

Defendendo a constitucionalidade do dispositivo, Sylvio Capanema de Souza ³⁰ acrescenta não vislumbrar a mácula da inconstitucionalidade pelos seguintes motivos:

À uma, porque nem de leve se arranha o princípio da isonomia, cuja essência é tratar igualmente os que são iguais e desigualmente os desiguais. O fiador de contrato de locação de imóvel urbano, pelas peculiaridades desse negócio jurídico, não é igual aos demais, que se prestam a garantir obrigações de outra natureza. À duas porque o direito à moradia, de que trata a Constituição Federal, deve ser entendido de maneira genérica, traduzindo o dever do Estado de promover e criar políticas públicas que assegurem aos cidadãos o acesso à moradia digna, através de projetos de construção de unidades habitacionais, ampliação do crédito imobiliário, redução de taxas de juros e tudo mais que se torne necessário à redução do déficit habitacional.

Não é outra a opinião de Maria Helena Diniz ³¹. Segundo a autora, não há razão de sustentar a inconstitucionalidade ante o caráter de norma especial do art. 82 da Lei n. 8.245/91 e do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90. A moradia é direito social tutelado pelo Estado e não pelo particular. O fiador, ao garantir dívida locatícia, assumiu tal risco de responder com o próprio

²⁷ A fiança é um instituto bastante antigo, pois vem desde o direito romano e permanece até em nossos dias. É um contrato acessório em relação ao contrato principal, pelo qual o fiador se responsabiliza pela dívida do devedor perante o credor daquele. RODRIGUES, Sylvio. *Direito Civil. Dos contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, v. 3, SP. Ed. Saraiva, 1997.

²⁸ Art. 827 c/c art. 828 inc. I, CC.

²⁹ Art. 285, CC.

³⁰ CAPANEMA DE SOUZA. Sylvio. *A lei do inquilinato comentada*. 5ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 391-392

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 361-362):

bem pelas dívidas do garantido. As obrigações do locatário e do fiador são diferentes apesar de terem a mesma causa: o contrato de locação. O fiador, pagando o débito do locatário inadimplente, sub-roga-se no direito do credor, podendo reembolsar-se do que despendeu em razão da garantia fidejussória, tendo ação regressiva contra o inquilino.

Considerando que a divergência pretoriana mencionada acerca da constitucionalidade do dispositivo, expôs diversos aspectos relacionados a necessidade da penhorabilidade do bem do fiador, é relevante que se faça um levantamento e verificação dessa jurisprudência no tópico seguinte.

5 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL:

Como a maioria dos tribunais brasileiros, o Superior Tribunal de Justiça também apresenta um histórico de divergências, quanto à aplicação da lei ao caso concreto, no que tange impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

Em um apanhado de decisões a respeito do tema, é bem verdade que se verifica uma tendência no STJ³² em prol da tese da possibilidade de penhora do único imóvel do fiador em contrato de locação.

No RE nº 407.688, o Pleno do Supremo Tribunal Federal por maioria decidiu ser constitucional a penhora debatida, como exposto a seguir:

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 a 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.

³² LOCAÇÃO. FIANÇA. PENHORA EM BEM DE FAMÍLIA DE FIADOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. DECISÃO MANTIDA. 1. Pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de ser penhorável o imóvel familiar dado em garantia de contrato locativo, em face da exceção introduzida no inciso VII do artigo 3º da Lei n. 8.009, de 1990 pela Lei do Inquilinato. 2. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa compreensão não ofende o direito de moradia previsto no artigo 6º da Carta Magna. 3. Agravo regimental improvido. AgRg nos EDcl no Ag 1023858.

3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

Durante o julgamento pelo plenário do STF, os ministros debateram duas questões: se deve prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador, e arcar com essa respectiva responsabilidade, ou se o direito social à moradia, previsto na Constituição, deve ter prevalência.

Os três votos divergentes no julgamento foram no sentido de que a Constituição ampara a família e a sua moradia e que essa proteção consta do artigo 6º da Carta Magna, de forma que o direito à moradia seria um direito fundamental de 2ª geração, que tornaria indisponível o bem de família para a penhora.

Mas prevaleceu o entendimento do relator. Por 7 (sete) votos a 3 (três), o plenário acompanhou o voto do ministro Cezar Peluso e negou provimento ao Recurso Extraordinário, mantendo, desta forma, a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador.

6 - CONCLUSÃO:

O trabalho ora apresentado objetiva avaliar o posicionamento de tribunais superiores quanto à penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

É importante salientar reiteradamente a importância do direito à moradia como garantia fundamental de todo ser humano, sendo necessária inclusive à concretização mínima do princípio da dignidade humana. E ainda merece menção a preocupação do poder constituinte derivado em não só ratificar esse direito, mas também lhe atribuir prerrogativa de norma constitucional.

Ademais, não se pode simplesmente desprezar a importância histórica do instituto da fiança como meio de implementação do direito à moradia, principalmente em uma sociedade na qual outras garantias se tornam inalcançáveis para uma boa parte da população.

Porém, o Recurso Extraordinário nº 407.688³³ foi julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em 8.2.2006, por maioria de votos, prevalecendo o voto do Ministro-Relator Cesar Peluso no sentido de admitir a penhorabilidade do bem de família do fiador, porque: “A Lei nº 8.009/90 é clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade o bem de família do fiador” e que “o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel e, nessa situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica”.

Urge, portanto, que o mais breve possível o STF decida a matéria em sede de controle constitucional concentrado, uma vez que até o presente momento todas as decisões incidiram em casos concretos e com efeito direto meramente *inter partes*. Já é hora de uma decisão em abstrato e *erga omnes*, algo inteiramente salutar à imprescindível segurança jurídica nas relações sociais.

REFERÊNCIAS:

CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. *A lei do inquilinato comentada*. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada: (Lei 8.245, de 18-10-1991)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

³³ 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, CF. Constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, Lei 8.009/90, com a redação da Lei 8.245/91. Recurso Extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inciso VII, Lei 8.009/90, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245/91, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro. Ed. Freitas Bastos, ano 1971,p.192.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Dos contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, v. 3, São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TARTUCE, Flávio. *A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em 06 abr. 2007.

TARTUCE, Flávio. *A penhora do Bem de Família do fiador de locação*. Abordagem atualizada. Texto publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil, nº 40, mar, abr/2006. p. 11-15.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A penhora e o bem de família do fiador da locação*; Autores Clito Fornaciari Júnior, Genacéia da Silva Alberton, Heitor Vitor Mendonça Sica , José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.