

A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NA RELAÇÃO DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA

Ana Lúcia Ribeiro Mol¹

Jessica Santos Silva²

Jane Viviane da Silva³

Ludimila Souza Oliveira Ferreira Dias⁴

RESUMO

A relação de locação imobiliária tem assumido um caráter de inconfundível relevância, posto que constitui instrumento por meio do qual se vale parcela considerável da população que não possui imóvel residencial próprio. Para assegurar os riscos inerentes a esse tipo de negócio jurídico, é comumente requisitado pelo locador a prestação de algum tipo de garantia pelo locatário, que fica, nesses termos, vinculado ao oferecimento da garantia solicitada ante a premente necessidade de contrair o negócio de locação. Dessas a mais comum é a fiança que “garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor”. Porém, diante desse acordo, o fiador, se submete ao risco de ter o seu único bem de família penhorado. Não obstante, a jurisprudência atual, leva a conclusão de que o direito à moradia tem posição privilegiada, já que como norma constitucional de caráter fundamental, ostenta superioridade em relação às demais normas dispostas no ordenamento jurídico, daí advém à imprescindibilidade da sua observância.

Palavras Chave: Locação imobiliária; Fiador; Impenhorabilidade; Direito à moradia.

INTRODUÇÃO

A relação de locação imobiliária, dada a sua ampla utilização na sociedade atual, tem assumido um caráter de inconfundível relevância, posto que constitui instrumento por meio do qual se vale parcela considerável da população que não possui imóvel residencial próprio, a fim de que possa exercer seu direito à moradia. Nesse diapasão, para assegurar os riscos inerentes a esse tipo de negócio jurídico, é comumente requisitado pelo locador a prestação de algum tipo de garantia pelo locatário, que fica, nesses termos, vinculado ao oferecimento da garantia solicitada ante a premente necessidade de contrair o negócio de locação.

Dentre o rol das garantias possíveis, é cediço que a fiança é, por vezes, a escolha precípua daqueles que pretendem concretizar a relação de locação. Tal garantia, encontra na pactuada locação imobiliária o cerne de inúmeros conflitos que podem surgir a partir da contratação.

¹ Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Econômico e Empresarial pela Unimontes. Professora dos Cursos de Direito da FUNORTE e da Unimontes. Procuradora Adjunta de Fazenda do Município de Montes Claros.

² Graduada em direito pelas Faculdades Integradas do Norte de Minas – FUNORTE.

³ Advogada. Especialista em Direito. Professora do Curso de Direito da FUNORTE.

⁴ Mestranda em Desenvolvimento Social pela Unimontes e Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Norte de Minas – FUNORTE.

Segundo Loureiro (2008, p. 569) a “fiança é o contrato pelo qual uma pessoa – o fiador – garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor (afiançado), caso este não a cumpra”.

Mediante a assunção do fiador a essa relação obrigacional, este se submete ao risco de ter o seu único bem de família penhorado, caso o locatário seja inadimplente no que tange aos aluguéis para com o locador, conforme a previsão do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009 de 1990, que versa sobre a exceção pertinente a fiança locatícia quanto à impenhorabilidade do bem de família.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, foi introduzido no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil o direito fundamental à moradia. A partir dessa Emenda Constitucional, surgiram vários questionamentos acerca da constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990, posto que com a ascensão do direito à moradia como direito fundamental, a possibilidade de cercear tal direito num contexto obrigacional fidejussório, iria de encontro à previsão da Lei Maior, qual seja, assecuratória de proteção ao bem do indivíduo e de sua família. Essa questão refletiu em divergências jurisprudenciais e doutrinárias evidenciadas pelos Tribunais pátrios, principalmente nos períodos de 2000 a 2005, nas quais se formaram posicionamentos contrários e a favor da impenhorabilidade do bem de família do fiador.

Essa questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, no ano de 2006, em decisão majoritária afirmou a constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990. Na ocasião, não foi reconhecida pela Corte a alegada penhorabilidade do bem de família do fiador, sendo afirmada a inexistência de afronta ao direito à moradia.

Embora tal matéria já tenha sido discutida e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a posição é digna de críticas, vez que ao permitir à referida exceção a impenhorabilidade, admite-se o sacrifício de preceitos constitucionais fundamentais, tais como, o valor fundamental da preservação da dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, da Lei Maior e, também o direito à moradia, disposto no artigo 6º, da Constituição da República.

A discussão toma contornos inconfundíveis na atualidade, vez que envolve afronta aos direitos fundamentais do fiador, direitos que nessas circunstâncias não deveriam estar sendo maculados. A gravidade de tal fato é ratificada pelo elevado número de contratos dessa natureza que são realizados diariamente, em que, na maioria das vezes, tomam forma de contratos de adesão, nos quais o fiador se obriga sem ter uma exata compreensão da extensão das consequências de tal ato, sendo possível citar dentre elas, a possibilidade de perder o seu único bem de família.

Destarte, constitui o objeto da presente pesquisa os impactos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº

8.009/1990, também como, a necessidade de reafirmar a valoração dos direitos do fiador na relação locatícia imobiliária, com vistas a incentivar um novo olhar sobre essa questão, que pela relevância não só diretamente em relação ao fiador, mas também por refletir em sua família, denota premente necessidade de ser revista e analisada pelos Tribunais Superiores.

1 DO DIREITO À MORADIA

1.1 Os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais do homem, constitui expressão que mostra-se como invólucro de princípios que refletem os ideais políticos de um ordenamento jurídico e, também a nível do direito positivo, mostra-se como prerrogativas que são concretizadas por meio de garantias que fomentarão uma convivência social baseada na dignidade, igualdade e liberdade (SILVA, 2009).

Preliminarmente, faz-se mister entender qual o significado dos direitos fundamentais, conceito que é extraído do próprio texto da Carta Magna ao estabelecer em seu arcabouço valorativo e normativo, deveres aplicáveis ao Estado e também a toda a sociedade. No tocante as garantias, pode-se dizer que estão atreladas aos direitos fundamentais, posto que são instrumentos destinados a dar eficácia para tais direitos. Nesse contexto, fundamento, do latim *fundamentum*, é o alicerce, princípio ou razão que serve de base a uma teoria, logo, direito fundamental pode ser entendido como um direito essencial, quase absoluto, que expressa mais do que um dever, constituindo verdadeiro pilar estruturante da ideologia da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com efeito, a partir do século XVIII, com os ideais da Revolução Francesa, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade, os direitos fundamentais passaram a manifestar-se na ordem institucional no formato de gerações, que traduziu um processo cumulativo e qualitativo, responsável pela implementação de uma universalidade material e concreta, destoante da universalidade abstrata e até mesmo metafísica do *jusnaturalismo* do século XVIII. Os direitos de primeira geração têm como traço marcante a subjetividade, expressam direitos inerentes à liberdade, direitos civis e políticos, tendo por titular o indivíduo em oposição ao Estado (BONAVIDES, 2013).

Ocorre que a postura prestacional negativa do Estado, consubstanciada num dever de não comprometer os chamados direitos de primeira geração, por si só mostrou-se insuficiente, já que para os direitos fundamentais terem sua eficácia completa era necessário a intervenção positiva do Estado, tais direitos correspondem aos direitos econômicos, sociais e culturais. Com o fito de

preservar a justiça social e introduzir os novos contornos garantidores de um Estado prestacional, os direitos de segunda geração alertavam quanto à necessidade de preservação das instituições.

A evolução da sociedade trouxe o surgimento de uma terceira geração de direitos que ultrapassavam a esfera puramente individual do ser humano, e passava a considerar a necessidade de tutelar os direitos da coletividade. Essa terceira geração de direitos destaca a solidariedade e o desenvolvimento sustentável, podendo ser citados a título de exemplo a defesa da criança, do idoso, dentre outros (MESQUITA, 2013).

Ressalte-se que, existem severas críticas por grande parte dos doutrinadores quanto à utilização do termo gerações, afirmam não ser a terminologia mais adequada por pressupor uma ideia de superação ou de uma ordem cronológica de sucessão. Para Scarlet (2012), a terminologia mais adequada seria dimensão de direitos, ao invés de geração, afirmando que o termo dimensão ressalta o caráter cumulativo do processo de evolução dos direitos fundamentais e sua unidade e indivisibilidade, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional interno.

Considerações acerca da evolução dos direitos fundamentais a parte, verdade é que independentemente da classificação que ostentem, tais direitos são imprescindíveis na concretização de uma sociedade justa e igualitária, razão pela qual o discurso quanto a sua eficácia e aplicabilidade toma contornos tão relevantes no ordenamento jurídico. A relevância de tais direitos permeia todo o arcabouço jurídico, o que inclui o Direito Privado, que recebe os reflexos das normas fundamentais, conforme corrobora o entendimento de Renata Mesquita:

O Direito Privado, assim, não se mostra “imune” aos direitos fundamentais, percebendo-se em inúmeras situações, a aplicação da norma constitucional nas relações entre particulares. Destarte, não havendo como sustentar a inaplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, com o fim de preservar a ordem social, econômica, política do direito, parte-se para a ideia de uma harmonização entre as normas de direitos fundamentais e de direito privado, de modo que não se fale na exclusão de umas pelas outras (MESQUITA, 2013, p. 14-15).

1.2 O Direito à Moradia e a Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe como um de seus caracteres marcantes a acolhida dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, atribuindo àqueles nítido caráter de direito fundamental, diferentemente do que ocorria com as Constituições pretéritas em que tais direitos eram enquadrados no capítulo pertinente à ordem econômica e social, o que em uma breve análise, conferia-lhes um caráter programático. Relevante destacar que, após a promulgação da Carta de 1988, outras normas foram inseridas por meio do poder de reforma constitucional, dentre elas, insta destacar o direito à moradia (SCARLET, 2012).

O direito à moradia surgiu com a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, ostentando um *status* de direito social, que pode ser qualificado como um direito de segunda geração. A referida emenda acrescentou esse direito ao artigo 6º da Constituição da República, inserido em seu Título II, dentre os direitos e garantias fundamentais.

Embora de certa forma o direito à moradia tenha sido “tipificado” no artigo 6º, da Carta Magna, já era possível verificar sua existência também em outros dispositivos, como por exemplo, o artigo 23, inciso IX, da Constituição da República, que estabelece a competência comum dos entes federativos para criação de programas que visem à construção de moradias e, também para o desenvolvimento de políticas públicas para melhorar a qualidade habitacional no país. Outro exemplo a ser citado é o artigo 7º, da Constituição, que discorre acerca da necessidade do salário mínimo atender as condições mínimas de vida do trabalhador, dentre elas, elenca a moradia (CORDEIRO, 2009).

Segundo Silva (2009), a etimologia da palavra morar, vem do latim *morari*, o que quer dizer demorar, ficar. Sob esse aspecto, o direito à moradia é a prerrogativa de ocupar um determinado local com a finalidade de nele habitar, entendendo-se habitar como caracterização de ocupar com ânimo de permanecer definitivamente naquele local. Afastando-se, assim, a ideia de que o direito à moradia é somente um direito de obter uma casa própria, embora esse aspecto seja imprescindível na concretização de tal direito.

Sob esse alvedrio, o mesmo autor ainda destaca que o direito à moradia vai além de ocupar um espaço físico, devendo, à semelhança do que prevê a Constituição Portuguesa, em seu artigo 65, a habitação ser dotada de conforto e condições de higiene e, ainda, ser digna e adequada, conforme prevê o artigo 47, da Constituição Espanhola. Ressalte-se que, o ordenamento jurídico brasileiro tem como princípio fundamental à dignidade da pessoa humana, que tem previsão no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior, e o direito à intimidade e à privacidade, também como, a proteção da casa como asilo inviolável, ambos com previsão no artigo 5º, incisos X e XI, respectivamente, da Constituição da República de 1988, razão pela qual, não há óbice para que tais preceitos sejam aplicáveis, conjuntamente, ao direito à moradia.

Nessa vereda, o direito à moradia surge, expressamente, com uma nobre finalidade na Constituição vigente, consistindo num verdadeiro acréscimo positivo, tendo como principal quesito a proteção do local em que o indivíduo habita, vez que, em verdade, viver dignamente sob um teto é fator imprescindível à existência de qualquer ser humano, aspecto que garante tal direito como merecedor de proteção.

2 O BEM DE FAMÍLIA

Na concepção dos povos antigos, a propriedade e a religião se confundiam, no sentido de que a religião pregava que cada família deveria possuir um lar e cultuar seus antepassados. Dessa forma, cada família, além de cultuar seus deuses, deveria ter um local na terra, um lugar que fosse sua propriedade, devendo-se entender esta, não com um sentido de propriedade particular, mas de algo pertence à família. Era nesse contexto que a família prestava culto aos seus antepassados e no solo familiar os mortos eram enterrados. Nascia assim, a ideia do direito de propriedade atrelado à família, marcado naquela época pela inalienabilidade e imprescritibilidade (NOGUEIRA, 2010).

Entende-se por *Bem*, a coisa dotada de materialidade ou imaterialidade, apreciável economicamente, sendo útil ao homem, podendo, inclusive, ser passível de desapropriação (GONÇALVES, 2013).

Os bens podem ser alienáveis ou inalienáveis, conforme haja a possibilidade de haver sua circulação, mediante a transferência, gratuita ou onerosa, de um bem pertencente ao patrimônio de uma pessoa à outra.

Sob esse aspecto, explica Diniz (2004) que os bens inalienáveis não são passíveis de transferência patrimonial ou apropriação, podendo ser classificados como *inapropriáveis por sua natureza* e os *legalmente inalienáveis*, sendo os primeiros àqueles que não podem sofrer apropriação pelo homem, como por exemplo, a luz solar, o ar atmosférico, dentre outros e, os segundos, àqueles bens que apesar de poderem ser apropriados, a lei retira-os do comércio visando atender finalidades econômico-sociais, a proteção de algumas pessoas ou a defesa da sociedade.

As coisas *legalmente inalienáveis* podem se subdividir em duas classificações, uma por determinação da *lei* e, a outra em virtude da *vontade do homem*. De maneira geral, são bens que caso não pairasse sobre eles a inalienabilidade trazida pela lei com fim ao atendimento da sua destinação, seriam normalmente alienáveis em razão da sua natureza, ou então, são bens que a vontade do homem proporciona a inalienabilidade sobre o bem, desde que sejam atendidas certas condições (RODRIGUES, 2003).

Fazem parte do grupo dos bens legalmente inalienáveis: os bens públicos, os bens das fundações, os bens dos menores, o bem de família, dentre outros.

O bem de família teve origem na primeira metade do século XIX, por ocasião da promulgação, em 1839, de uma lei denominada *homestead act*, no estado do Texas, que adveio de um período de grave crise econômica nos Estados Unidos da América. Tal lei tinha como objetivo evitar que a pequena propriedade, em que residia o devedor, fosse isenta de penhora. Assim, essa lei configurou o instituto do *homestead*, que passou a fazer parte de quase todos os estados norte-americanos e também das legislações de outros países (GONÇALVES, 2009).

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, pode-se conceituar o bem de família como “uma forma de afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família e, enquanto

for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio” (PEREIRA, 2004, p.557-558 *apud* GONÇALVES, 2009, p. 526).

A proteção ao bem de família ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda de 1912, de Feliciano Penna, a qual estabelecia, com vistas à segurança do abrigo para a família, a possibilidade legal ao chefe de família de separar do seu patrimônio àquele imóvel destinado à sua residência e de sua família, recaindo sobre ele a impenhorabilidade e inalienabilidade (CORDEIRO, 2009).

Acrescenta Diniz (2004), que o bem de família nasceu com a finalidade de proteger o lar da família, resguardando-o quanto às futuras penhoras que possam ocorrer após a sua instituição, ressalvados alguns débitos tributários inerentes ao bem ou despesas de condomínio. A instituição do bem de família consiste, nos termos do artigo 1.711 e seguintes do Código Civil, na opção que uma entidade familiar faz ao destinar parte do seu patrimônio, respeitado o limite de um terço do seu patrimônio líquido existente ao tempo da sua instituição, à proteção legal ostentada pela qualidade de bem de família. Para que a instituição do bem de família tenha efeitos jurídicos, segundo previsão no artigo 1.714, do Código Civil, é imprescindível que o interessado requeira a inscrição no Registro de Imóveis.

Insta salientar que, na lei civil atual coexistem duas espécies de bem de família, o *voluntário*, conforme citado no parágrafo anterior, decorre da vontade da entidade familiar e, o *involuntário* ou *obrigatório*, advindo da Lei nº 8.009 de 1990, este independe de qualquer manifestação por parte do casal ou entidade familiar, bastando para tanto, o enquadramento na situação prevista no artigo 1º da mencionada lei, qual seja, estabelecer o casal ou entidade familiar, residência em imóvel de sua propriedade, ressalvados as hipóteses previstas em lei (GONÇALVES, 2009).

Em verdade, já existia no ordenamento jurídico brasileiro a previsão do bem de família no Código Civil de 1916, contudo, sua eficácia ficava em parte comprometida quanto ao fato de tratar-se de disposição procedimental que dependia da voluntariedade do interessado, também como, de registro público, além do proprietário interessado ter que possuir mais de um imóvel. Tais fatores, ratificados pela conjuntura socioeconômica da época, marcada pela redemocratização do país na década de 1980, influenciaram sobremaneira o legislador brasileiro, que em 29 de março de 1990, promulgou a Lei nº 8.009, cuja função precípua era resguardar o imóvel residencial familiar, o que também incluía a família monoparental, das dívidas (LONGO, 2005).

Embora a Lei nº 8.009/90 traga em seu bojo a aplicabilidade automática da regra atinente à impenhorabilidade do bem de família, isto é, sem que haja necessidade do cumprimento dos requisitos previstos no Código Civil, tais como, por exemplo, a necessidade de inscrição em Registro Civil, pode-se dizer que ainda está em vigor às previsões da lei civil correspondentes ao

bem de família voluntário ou convencional, conquanto seja de rara aplicação, tendo em vista à disponibilidade que tem o interessado de alegar o bem de família obrigatório.

Posta assim a questão, de acordo a previsão legal do instituto do bem de família, o intuito protecionista do legislador brasileiro é cristalino, vez que impôs às situações envolvendo o imóvel em que a família estabelece sua residência à impossibilidade de recair sobre tal bem a constrição judicial, o que denota nítido interesse de proteção à moradia e a família.

3 A FIANÇA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO

O Antigo testamento já advertia em relação aos efeitos correlacionados ao fato de ser fiador de alguém e nesse mesmo sentido, dispunha um antigo adágio francês: *quic autionne paye* (MONTEIRO, 2007). Não é raro a ocasião em que o afiançado decide não pagar, o fiador, assim, diante da assunção da obrigação, tem o dever de pagar dívida daquele indivíduo que agiu de forma contrária às suas expectativas e, de certa forma, o desiludiu. (LOMONACO *apud* MONTEIRO, 2007).

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “no gênero caução ou garantia compreende-se todo negócio jurídico com o objetivo de oferecer ao credor uma segurança de pagamento, além daquela genérica situada no patrimônio do devedor” (PEREIRA, 1990, p.355).

Observa ainda o autor acima, a existência de uma dualidade entre a *garantia* ou *caução real*, consistindo esta em ônus que recai sobre a coisa ou rendimento para fins de responsabilidade em uma obrigação e, a garantia pessoal ou fidejussória, na qual um terceiro se compromete a solver um débito contraído por outrem. Essa dualidade é resultado da confluência da concepção romana, cujo caráter é real e a concepção canônica, cuja moral ressaltou a pessoalidade que lhe é inerente.

A garantia pessoal ou fidejussória, expressa por meio da fiança, consiste no compromisso que um terceiro, alheio a uma determinada relação obrigacional, assume de satisfazer o pagamento da dívida do devedor principal, caso ocorra seu inadimplemento. Essa garantia encontra previsão no artigo 818, do Código Civil, pode-se assim dizer, a fiança é expressa por meio de contrato, caracterizando-se como a obrigação assumida por um estranho, ora denominado na relação como fiador, em face de um credor, respondendo àquele com seu patrimônio pelo crédito inadimplido pelo devedor (GONÇALVES, 2008).

São alguns traços marcantes observáveis na fiança a *acessoriedade*, *gratuidade* e a *unilateralidade*. Seu caráter acessório verifica-se em razão da sua própria natureza, que denota a necessidade da existência de um negócio principal ao qual se vincula. Já em relação à gratuidade, a fiança perfaz uma relação de confiança entre fiador e afiançado, não auferindo o primeiro, em regra, vantagem alguma. No tocante a unilateralidade, esta é evidenciada pelo fato de que somente uma

das partes assume obrigações no contrato, qual seja o fiador, não havendo o credor nenhuma obrigação para com ele.

A fiança é comumente elevada à garantia em contratos de locação imobiliária, constituindo modalidade de fiança convencional ou contratual, esta segundo Maria Helena Diniz, pode ser definida pelo fato de “decorrer da vontade do devedor ou do credor, mesmo sem a anuência do devedor afiançado” (DINIZ, 2013, p. 616).

Outrossim, a previsão no artigo 37, da Lei nº 8.245 de 1991, possibilitou que a fiança, a caução e o seguro de fiança, fossem garantias utilizadas pelo indivíduo que pretende contrair uma obrigação locatícia. Essa disposição tornou viável que a fiança, de maneira geral, fosse amplamente utilizada como forma de garantia nos contratos de locação. Nesse aspecto, um terceiro que quase sempre possui algum vínculo de confiança com o afiançado, assume, sem receber nada para tanto, o dever de responder com seu patrimônio, o que inclui, inclusive, o seu bem de família, pelos aluguéis, caso estes não sejam pagos pelo locatário que figura como afiançado.

Em relação à postura adotada pelos proprietários que efetuam contrato de locação, considera Alberton (2003) o fato de que os locadores geralmente atuam por meio de administradoras de imóveis, estas com o intuito de conduzir bem seus negócios impõem como condição à necessidade do estabelecimento de garantias a fim de que sejam assegurados em face de possíveis futuros débitos não adimplidos pelo locatário. Contudo, do outro lado da relação devem ser considerados os interesses do fiador, cujo requisito exigido pelas administradoras de imóveis para realização do contrato de locação, é ser proprietário de bem imóvel.

Essa questão sempre gerou muita discussão, principalmente, no tocante à responsabilização do fiador, sendo oportuno citar o conteúdo da Súmula nº 214 do Superior Tribunal de Justiça que diz: “o fiador na locação não responde pelas obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”. Ocorre que, impulsionado pela necessidade do locatário, o indivíduo que pretende ser fiador, na grande maioria das vezes, adere às cláusulas contratuais que num momento futuro poderão se mostrar, demasiadamente, desfavoráveis a ele, tais como a renúncia ao benefício de ordem e a rescisão unilateral do contrato, ou a assunção do encargo da responsabilidade até a entrega das chaves, mesmo que tal entrega perdure por um longo período de tempo (CORDEIRO, 2009).

Nessa esteira, o fiador poderá se defender em ação creditícia valendo-se de exceções. Entretanto, por determinação do artigo 82, da Lei nº 8.245 de 1991 que introduziu o inciso VII, ao artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990, não poderá alegar em sua defesa a impenhorabilidade do seu único imóvel, no qual estabelece sua moradia, é dizer, o seu bem de família.

A partir do surgimento da Emenda Constitucional nº 26 de 2000 que incluiu o direito à moradia como um direito social, uma parcela da jurisprudência passou a entender que a referida

exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador é inconstitucional. Posicionando-se tal vertente, diante do conflito entre dispositivo constitucional e norma especial, qual seja, a Lei nº 8.009/1990, a favor da aplicação do critério do *justum* e também das previsões dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acatando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República (DINIZ, 2013).

Em que pese o posicionamento acima, a Corte Suprema discerniu pela tese contrária à impenhorabilidade do bem de família, fato que ainda gera questionamentos quanto à aplicação ou não da disposição da Lei nº 8.009/1990 em face do artigo 6º da Constituição da República, constituindo tal conflito, tema central da presente pesquisa.

4 A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

O curso normal da obrigação, seja qual for a sua modalidade, é o cumprimento do pactuado pelas partes envolvidas na relação jurídica estabelecida. Contudo, poderá ocorrer o descumprimento por um dos envolvidos, situação que gerará o direito à outra parte, prejudicada com o descumprimento, de promover a satisfação da obrigação pela via judicial.

A princípio, quando ocorre o inadimplemento da obrigação do locatário correspondente aos alugueis devidos, pode o locador, procurar efetivar a satisfação do respectivo crédito por meio de tutela jurisdicional em face diretamente do devedor, já que a garantia fidejussória comporta benefício de ordem.

Tal benefício consiste no direito que tem o fiador de exigir que primeiro seja acionado a responder pela dívida o devedor principal, qual seja o locatário e, só depois, diante da insuficiência patrimonial deste, poderá o credor buscar satisfazer seu crédito em face do fiador. Entretanto, o benefício não será passível de alegação se o fiador, em momento pretérito a realização do contrato de fiança, o renunciou expressamente, se obrigou como devedor solidário ou, se o devedor for insolvente ou falido, nos termos do artigo 828 do Código Civil.

Em termos práticos, observa-se que existe a praxe na sociedade de o credor exigir que o fiador se obrigue como principal pagador pela dívida, podendo até mesmo constar no contrato cláusula com esse teor. Assim, essa renúncia acarreta desde logo à possibilidade do credor exigir do fiador o pagamento da dívida (GONÇALVES, 2008).

Uma vez proposta ação de execução contra o fiador em razão da responsabilidade assumida por este na relação locatícia, passa-se ao procedimento da penhora. Nos dizeres de Marinoni e Arenhart (2008, p. 254):

A penhora é procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Até a penhora a responsabilidade

patrimonial do executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas (artigo 591 do Código de Processo Civil e artigo 391 do Código Civil).

Conquanto, em regra, a penhora recaia sobre bens alienáveis do devedor, existem exceções dispostas na lei que inadmitem a penhora de bens disponíveis por natureza. Ademais, a civilização atual tem o espírito cristão, sendo inadmissível que o processo de execução cause extrema ruína, que possa reduzir o devedor à fome ou à falta de abrigo, o que afrontaria a dignidade da pessoa humana (JÚNIOR, 2001).

Com o advento da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, foi inserido no ordenamento jurídico a impenhorabilidade do bem do casal ou da família, também conhecido como bem de família legal, que tem como requisito para o gozo dessa prerrogativa a utilização do imóvel para fins de moradia do casal ou entidade familiar, sendo irrelevante a natureza da dívida, salvo o disposto no artigo 3º da referida lei (SANTOS, 2013).

Considera Câmara (2008) que a classificação da impenhorabilidade do bem de família integra uma terceira modalidade de impenhorabilidade, qual seja a impenhorabilidade do bem de residência, estabelecida na Lei nº 8.009/90. Justifica a classificação em duas razões, a primeira condiz na distinção existente entre a figura criada pela Lei nº 8.009/90, do bem de família previsto no artigo 1.711 do Código Civil, e a segunda, por entender que a proteção que garante a residência também abrange o indivíduo que mora sozinho. Embora a Lei nº 8.009/90 utilize o termo casal, ou entidade familiar, não é relevante que o imóvel pertença ao casal, ou a algum ente da família para usufruir da proteção ao bem, basta que o imóvel pertença ao devedor e que nele resida.

Diante do disposto na Lei nº 8.009/1990, visto que o bem de família do fiador estava protegido quanto à futura penhora para adimplir débito do locatário, os locadores passaram a exigir como forma de garantia que o fiador fosse proprietário ao menos de dois imóveis, com a finalidade de obter maior segurança na satisfação de seus créditos. Essa nova postura, por assim dizer, gerou óbice para que as classes média e baixa contratassem a locação de imóveis, tendo em vista a dificuldade de encontrar pessoas que além de estarem dispostas a contraírem a garantia fidejussória, ainda fossem proprietários de ao menos dois imóveis. Nessa vereda, a Lei nº 8.009/1990 recebeu alteração mediante a inclusão do inciso VII ao artigo 3º da mesma lei, foi estabelecida, dessa forma, a exceção à impenhorabilidade do bem residencial do fiador nas relações de locação imobiliária (CORDEIRO, 2009).

Conforme aduz Tucci (2003, p. 14), “frise-se essa derradeira hipótese – emergente de fiança garantidora de contrato de locação -- justaposta pelo artigo 82 da Lei nº 8.245, de 1991, teve por nítido escopo fomentar o mercado imobiliário atinente às relações *ex locato*”.

Em razão da nova disposição legislativa, várias discussões surgiram em torno da constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, tendo em vista a aparente antinomia entre a exceção à impenhorabilidade do bem de família e a previsão do direito à moradia acrescentado ao artigo 6º da Constituição da República, por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 2000.

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 26, em 15 de fevereiro de 2000, em relação à aplicação ou não da impenhorabilidade do bem de família do fiador, foram formadas duas correntes. Uma defendia a prevalência do que prevê a Lei nº 8.009/90, é dizer, a exceção à impenhorabilidade é válida, podendo o bem de família de o fiador ser penhorado e, a outra corrente, afirmava a aplicabilidade imediata do direito fundamental à moradia, em contraposição ao previsto na lei especial, sendo impenhorável o bem de família do fiador.

Dentre os argumentos favoráveis à extensão da impenhorabilidade ao bem de família do fiador, é possível destacar à afronta ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição da República, à dignidade da pessoa humana, e também a violação ao direito à moradia.

Essa matéria foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2006, em sede de Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, cujo relator foi o Min. Cezar Peluso:

STF. EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (São Paulo, Supremo Tribunal Federal, RE 407688, Relator: Min. Cezar Peluso, 2006).

No julgamento do Recurso votaram a favor da impenhorabilidade os Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Celso de Mello, prevaleceu, contudo, o posicionamento a favor da constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90. Foi reconhecida, assim, a não agressão ao artigo 6º da Constituição da República.

Destacou o Ministro Eros Grau, em sede de discussão por ocasião do Recurso Extraordinário acima, a inadequação do enquadramento do artigo 6º, da Constituição, como norma de conteúdo programático e, ressaltou que o fato de a impenhorabilidade do bem de família causar impacto relevante nas locações imobiliárias, não é subsídio suficiente para afastar a incidência de uma norma constitucional, qual seja, o artigo 6º, da Constituição da República e também a aplicação do princípio da isonomia.

Na mesma linha argumentativa protetiva ao bem de família, insta salientar as considerações do Ministro Carlos Britto no mencionado julgamento, que ao referir-se ao direito à moradia, o caracterizou como uma necessidade essencial do trabalhador e de sua família, não sendo

um direito potestativo, é dizer, trata-se de direito insuscetível de disposição, logo, não há que se falar em penhora em razão de um contrato de fiança.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes aderiu a não aplicação da impenhorabilidade do bem de família no contrato de fiança, ao destacar o princípio da autonomia privada:

E não podemos deixar de destacar e de ressaltar um princípio que, de tão elementar, nem aparece no texto constitucional: o princípio da autonomia privada, da autodeterminação das pessoas – é um princípio que integra a própria ideia ou direito de personalidade. Portanto, embora reconheça, no art. 6º, o direito à moradia, a criação ou a possibilidade de imposição de deveres estatais na Constituição de modos de proteção a essa faculdade desenhada no texto constitucional, não consigo vislumbrar, na concretização que lhe deu a Lei, a violação apontada (São Paulo, Supremo Tribunal Federal, RE 407688, Relator: Min. Cezar Peluso, 2006).

Ademais, a Ministra Ellen Gracie entendeu pela constitucionalidade da previsão do inciso VII, artigo 3º, da lei nº 8.009/90, considerou em seu voto, que assegurar condições necessárias para obtenção à locação, também é forma de viabilizar o direito à moradia.

Conforme pode-se observar a partir da divergência de posicionamentos no Supremo Tribunal Federal, o conteúdo argumentativo prevalecente no julgamento que culminou em precedente favorável à constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, é suscetível de vários questionamentos quanto ao fato de que negar tal direito ao fiador equivalerá a violação de princípios constitucionais, tais como, a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a proporcionalidade e o direito à moradia.

De acordo o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa, a controvérsia inerente a presente matéria centraliza-se, em síntese, no conflito entre um preceito de ordem constitucional, qual seja o direito à moradia e uma previsão infraconstitucional – artigo 3º, inciso VII, da lei nº 8.009/90 – que pode ser entendida como um efeito da expressão da autonomia da vontade, ou melhor, do direito à liberdade:

Ambos os direitos merecem igual tutela em nossa Constituição, de modo que é tarefa complexa estabelecer os parâmetros e limites de sua aplicação, em especial neste tema da penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação.

Mas a singularidade do presente caso reside no fato de que a suposta violação de um direito fundamental não se dá no bojo de uma típica relação jurídica que se estabelece entre o titular do direito e um órgão estatal, mas, sim, numa relação entre particulares, tipicamente de direito privado (São Paulo, Supremo Tribunal Federal, RE 407688, Relator: Min. Cezar Peluso, 2006).

Malgrado a penhora do bem de família do fiador na locação imobiliária já tenha sido matéria enfrentada pelo Egrégio Supremo Tribunal, há que se ressaltar sua relevância, vez que

incide na realidade de muitas pessoas que dependem da prestação desse tipo de garantia para efetivação do seu direito à moradia, e também em relação àqueles que levados por nobres sentimentos assumem os riscos, extremamente onerosos, de serem fiadores numa relação de locação imobiliária.

4.1 A (In)Constitucionalidade da Penhora

A polêmica penhora do bem de família na relação locatícia já havia sido tratada pela Corte Maior, em 25 de abril de 2005, em Recurso Extraordinário nº 352.940/SP de relatoria do Ministro Carlos Velloso. Nesse aspecto, é pertinente discorrer acerca da memorável defesa à impenhorabilidade do bem de família, realizada no voto do Ministro Carlos Velloso, sendo um dos destaques da sua sustentação, a afirmação quanto ao fato de ser a impenhorabilidade do artigo 1º, da Lei nº 8.009/90, uma consequência de a moradia ser um direito fundamental. Dessa forma, o inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990, não teria sido recepcionado pela Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000.

Acrescentou ainda o referido relator:

Não há dúvida de que a ressalva trazida pela Lei nº 8.245/1991, inciso VII do artigo 3º, feriu de morte o princípio da isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino *hoje eadem ratio, ibi eadem legis*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito (Brasília, Supremo Tribunal Federal, RE 352940, Relator: Min. Carlos Velloso, 2005).

Oportuno se torna dizer que, até o presente momento existe crescente corrente doutrinária que entende pela inconstitucionalidade do inciso VII, artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, em defesa do direito à moradia.

Em âmbito jurisprudencial, cada vez mais, tem se admitido a compreensão de um Direito Privado sob um enfoque do texto constitucional e também, levando-se em consideração três princípios básicos, quais sejam, a *dignidade da pessoa humana*, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, a *solidariedade social*, prevista no artigo 3º, inciso I, da Constituição, e a *isonomia*, disposta no artigo 5º, *caput*, da Lei Maior. Espera-se a adoção de tal visão em relação aos Tribunais na busca da concretização da renovação do Direito Privado, mediante a justiça e a solidariedade. Assim, o contrato deveria enquadrar-se nessa concepção, à luz do princípio da função social dos contratos, entendendo-se que o mais correto seria interpretar o artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990, como dispositivo inconstitucional (TARTUCE, 2007).

No exercício de interpretação, o civilista deve se abster de alguns preconceitos que o afastem da ótica civil-constitucional. Primeiramente, porque não se pode conceber os princípios

constitucionais como meros princípios políticos, sendo desnecessário, dessa forma, a utilização da expressão carta política, posto que pode gerar uma ideia equivocada de que a Constituição se encontra em um plano distante de ação, olvidando-se da sua função unificadora no Direito Privado. Geralmente, o civilista entende que o destinatário das normas constitucionais é o legislador ordinário, que estabelece os limites da atribuição da lei, não sentindo-se vinculado, na maioria das vezes, aos ditames constitucionais. Esse tipo de preconceito deixa o intérprete civilista limitado pelo legislador ordinário, dependendo da atuação deste para reinterpretar e analisar os meandros do Direito Privado, mesmo quando haja tutela da Constituição da República (TEPEDINO, 2004).

Para Gonçalves (2008, p. 4-5):

Com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código de Beviláqua. Há uma convergência para a realidade contemporânea, com a revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional, como enfatiza Miguel Reale: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

Sob esse enfoque, o artigo 421 do Código Civil Brasileiro dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O previsto no artigo 421 do Código Civil condiciona o exercício da liberdade de contratar à função social, prevalecendo dessa forma, os princípios relativos à ordem pública. Levando-se em consideração que o direito de propriedade deve ser exercido sob os parâmetros da função social prevista na Constituição da República, sendo viabilizado por meio de contratos, o Código Civil impõe à liberdade contratual a observância da função social. Destarte, a função social do contrato possui estreitos laços com o princípio da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, constituindo princípio moderno que deve ser observado pelo intérprete no momento de aplicar os contratos (GONÇALVES, 2008).

Outrossim, a inserção do inciso VII, ao artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990 representou flagrante afronta aos princípios constitucionais inerentes a impenhorabilidade do bem de família. Todo acervo patrimonial do fiador responde pela dívida, não apenas um bem isolado, visto que se trata de obrigação pessoal. É sem propósito a possibilidade de executar o bem de família do fiador por uma obrigação que assume, na maioria das vezes, por amizade ou parentesco, sem receber nada para tanto. Além disso, nota-se que o legislador atuou de forma emergencial, e como é de amplo conhecimento, o legislador que age dessa forma acarreta graves problemas que serão melhor evidenciados no momento de interpretar e aplicar às normas jurídicas. Ao estabelecer a mencionada previsão permissiva à penhora, tentou o legislador resolver um problema de ordem prática, não levou em consideração o sistema do ordenamento e os valores existenciais previstos na Constituição (BODIN DE MORAES, 1995 *apud* CORDEIRO, 2009).

Em sede jurisprudencial, mesmo após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP pela Corte Suprema, alguns Tribunais de Justiça do país refutaram por algum tempo em explicar por meio de seus julgados o posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal no ano de 2006. A título de exemplo, pode-se citar o precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

TJ-DF. Ementa. CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - FIANÇA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO - PENHORA DE IMÓVEL RESIDENCIAL DE FIADOR - BEM DE FAMÍLIA - MORADIA - BEM JURÍDICO ALÇADO À CATEGORIA DE DIREITO FUNDAMENTAL PELA EC Nº 26/2000 - IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA - DECISÃO REFORMADA.

1. NÃO OBSTANTE A NATUREZA PROGRAMÁTICA DA NORMA CONSTANTE DO ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 26/2000, NÃO SE PODE OLVIDAR AS EXCEÇÕES À REGRA DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA, PREVISTAS NO ARTIGO 3º DA LEI 8009/90. O NOVO TRATAMENTO DISPENSADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO À MORADIA FEZ COM QUE AS EXCEÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.009/90 SE TORNASSEM INCOMPATÍVEIS COM O NOVO TEXTO CONSTITUCIONAL.

2. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. MAIORIA. REDIGIRÁ O ACÓRDÃO O 1º VOGAL (Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Agravo de Instrumento nº 2008 00 2 009756-4, Relator: Des. Antoninho Lopes, 2009).

Na decisão acima, o Relator Designado Humberto Adjuto Ulhôa, deixou cristalina a sua irresignação quanto à possibilidade de constrição do bem de família do fiador e manifestou-se no sentido de afastar a linha doutrinária e jurisprudencial majoritária, é dizer, àquela que admite a penhora. Dentre as razões que fundamentaram seu voto, estavam presentes a não recepção do dispositivo infraconstitucional por não se coadunar com o bem maior em comento, qual seja a proteção à moradia da família. Também alegou afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e a violação ao princípio da proporcionalidade. Acerca deste último, pertinente se faz reproduzir as palavras do Relator Designado, *in verbis*:

Além disso, vislumbra-se manifesta, direta e frontal ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que não se coaduna com os ideais de justiça e razoabilidade admitir ao locatário opor à exceção de penhora do seu único imóvel, por ser considerado bem de família, e negar ao fiador o direito de fazê-lo. Se não bastasse, não se pode deixar de considerar que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica, qual seja, o contrato de locação. Destarte, a Lei nº 8245/91, em seu art. 82, ao dar tratamento diferenciado a estes, viola flagrantemente também o princípio da isonomia (Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Agravo de Instrumento nº 2008 00 2 009756-4, Relator: Des. Antoninho Lopes, 2009).

Quanto à afronta a dignidade da pessoa humana, pertinente se faz tecer algumas considerações acerca de sua relevância, que nas palavras de José Afonso da Silva (2009) pode ser

definida como um valor dotado de supremacia extrema, a qual atrai o teor valorativo dos demais direitos fundamentais, inclusive o direito à vida.

A dignidade da pessoa humana, em verdade, é uma referência que unifica todos os direitos constitucionais, sendo dotada de alto teor valorativo em função do seu vasto sentido normativo. Deve-se afastar o entendimento da dignidade da pessoa humana que abrigue apenas uma concepção individual do homem, sendo pertinente também conceber, para fins de interpretação e aplicação, o seu sentido em relação aos direitos sociais e no momento de garantir as bases da existência da humanidade (CANOTILHO; MOREIRA, 2004 *apud* SILVA, 2009).

Nesse sentido, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, posiciona-se a favor da impenhorabilidade do bem de família na fiança locatícia:

TJ-MS. Ementa. AGRADO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - COBRANÇA DE ALUGUERES E ENCARGOS LOCATÍCIOS - BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90 - CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE - EXCESSO DE EXECUÇÃO - MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA - QUESTÃO A SER DISCUTIDA EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Campo Grande, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Agravo de Instrumento nº 11 704 MS 2012.011704-1, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, 2012).

Ademais, convém fazer referência ao Projeto de Lei nº 6.413/2009 apresentado à Câmara dos Deputados em 12 de novembro de 2009, de iniciativa do Deputado Federal Vicentinho Alves, proposição atualmente arquivada no Congresso Nacional, que visa revogar a previsão do artigo 82, da Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991, é dizer, exaurir a possibilidade de excutir o bem de família do fiador por débito em fiança relativa à locação imobiliária.

Acerca da justificativa do Projeto de Lei acima, em crítica aos dispositivos do artigo 82, da Lei nº 8.245/1991 e artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990, o Deputado Federal Vicentinho Alves fez indagação pertinente quanto à relevância social do crédito do locador, se este é importante a ponto de tornar-se legítima à afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e o viver digno de uma família. Insta salientar que o deputado também questionou se tal crédito é relevante, então não haveriam razões para não atribuir esse raciocínio a outros tipos de fiança. Além disso, afirmou que a intenção do legislador, por ocasião da disposição do artigo 82, da Lei nº 8.245/1991, foi findar a retração imobiliária ocorrida com a Lei nº 8.009/1990.

Impende citar também o Projeto de Lei nº 408, apresentado no ano de 2008 pelo ex-senador Papaléo Paes, cujo objetivo, à semelhança do Projeto de Lei nº 6.413/2009, consubstancia-se na revogação do inciso VII, do artigo 3º da Lei nº 8.009/1990 e do artigo 82, da Lei nº 8.245/1991, estendendo, dessa forma, a benéfica da impenhorabilidade do bem de família ao fiador

na locação imobiliária. Atualmente, tal proposição se encontra em tramitação no Congresso Nacional, fazendo-se pendente parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Nesses termos, é possível constatar que, em verdade, não é totalmente “pacífica” a aplicação do raciocínio atual da Corte Suprema quanto ao não reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família em relação ao imóvel do fiador, vez que conforme exposto acima, a aplicação do dispositivo do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, comporta em si vícios injustificáveis e violadores de direitos constitucionais mínimos à existência do indivíduo que atua como garantidor na locação do imóvel. Conquanto, tal postura seja defendida atualmente por uma parcela jurisprudencial e doutrinária minoritária, há algumas decisões corajosas de julgadores, que defendem, essencialmente, a vertente que privilegia a prevalência da dignidade da pessoa humana, mandamento nuclear do ordenamento jurídico pátrio, em contraposição aos valores calcados no direito patrimonial e na própria liberdade de escolha do indivíduo.

CONCLUSÃO

Diante do que acima foi narrado, torna-se evidente à pertinência da presente discussão, não só pelo elevado número de contratações dessa natureza que são realizadas diariamente, mas também porque extrapola os limites das relações individuais de locação imobiliária, indo de encontro ao exercício do direito à moradia que traduz a definição da existência digna do fiador e de sua família. Se analisada sob outro enfoque, tal matéria também denota extrema relevância, posto que reflete na viabilização do direito à moradia daqueles que não possuem imóvel residencial próprio, é dizer, pretensos locatários, que dependem da realização de um contrato de locação e da prestação de uma garantia, para exercerem seu direito à moradia.

Preliminarmente, relevante se faz tecer algumas considerações acerca da influência das normas constitucionais no arcabouço normativo brasileiro, tendo em vista a pertinência desse aspecto nesta pesquisa.

As normas da Constituição da República, são espécies do gênero conhecido como normas jurídicas, sendo àquelas dotadas de características essenciais destas, tais como a imperatividade. Verdade é, que as normas constitucionais possuem uma força jurídica, consistindo em um mandamento e não apenas em regra moral, acarretando, caso haja a não observância de seus preceitos, como consequência a esse desrespeito, um mecanismo de coação que lhe é peculiar, de cumprimento forçado, visando, assim, assegurar a sua imperatividade. As normas constitucionais não são somente normas jurídicas, visto que são dotadas de um caráter de supremacia hierárquica,

muito embora de forma paradoxal, tais normas já tenham sido consideradas mero ideário não jurídico (BARROSO, 2006).

Sob o pilar hierárquico, o direito à moradia tem posição privilegiada, já que como norma constitucional de caráter fundamental, ostenta superioridade em relação às demais normas dispostas no ordenamento jurídico, daí advém à imprescindibilidade da sua observância.

Insta considerar, que a disposição do artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, versa acerca da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos e garantias fundamentais.

Nessa vereda, em análise literal do texto normativo, resta nítido o intuito do legislador em dar aplicabilidade imediata às normas que conferem direitos e garantias fundamentais, o que, obviamente, inclui o direito à moradia previsto no *caput*, do artigo 6º, da Constituição da República, posto que está inserido no Título II, da Constituição, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Contudo, na opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007), a forma escolhida pelo legislador para dar aplicabilidade a tais normas é insuficiente, sendo amplamente aceito na doutrina que nem toda norma constitucional tem aplicabilidade imediata. Só teriam aplicabilidade imediata, segundo o autor, as normas auto-executáveis, porque dispensam regulamentação, enquanto as normas não auto-executáveis, não teriam aplicabilidade por carecerem de regulamentação.

A partir dos comentários acerca da supremacia hierárquica das normas constitucionais e da aplicabilidade imediata das normas de cunho fundamental, passa-se agora a análise de aspectos que estão em rota de colisão, no que tange ao posicionamento atual preponderante, isto é, a corrente que tolera o cerceamento de direitos fundamentais do fiador na locação imobiliária, por ocasião da previsão infraconstitucional que admite a penhora do seu bem de família, em razão da manifestação de vontade deste em momento pretérito.

Em breve análise sobre questão, é notória a falta de razoabilidade inerente a mencionada constrição do bem de família do fiador, posto que o imóvel não pode sofrer os efeitos da penhora em relação às dívidas contraídas pelo proprietário do bem, ou qualquer familiar que habita no imóvel, mas tal é possível no tocante a dívida de terceiro em relação fidejussória. No que tange à falta de razoabilidade da penhora, Gagliano e Filho (2010) ressaltam a natureza jurídica da fiança como obrigação acessória e, que como a base jurídica das obrigações entre o fiador e o locatário é a mesma, carece de justiça o fato de o fiador responder com seu único bem de família, ao passo que o mesmo não poderá ser exigido do locatário.

Juntamente com o quesito acima, é possível enquadrar também a afronta ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, em face do tratamento dispensado pelo inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990 ao prever tratamento distinto àqueles que se encontram inseridos na relação de fiança, quais sejam fiador e locatário. É possível

vislumbrar tal afronta a partir da análise de uma possível situação, em que o fiador perderia seu único imóvel residencial por aluguéis inadimplidos pelo locatário, sendo o fiador e sua família privados do direito fundamental à moradia, já que não poderia em função do regramento infraconstitucional alegar à impenhorabilidade. Por outro lado, o locatário, pelos mesmos aluguéis devidos nessa situação, poderia suscitar em seu favor a mencionada impenhorabilidade, caso possuía imóvel residencial próprio.

Tal tratamento diferenciado é no mínimo paradoxal, vez que a ordem constitucional tem como intento a observância dos seus princípios fundamentais, que nitidamente, são colocados num segundo plano no tocante ao fiador, diante da predominância da liberdade contratual e autonomia da vontade que, segundo o raciocínio do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, dão subsídio a excepcionalidade expressa no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990. Logo, o fiador, em função de uma obrigação contratual, pactuada na maioria das vezes sem obter vantagem alguma, se submete à possibilidade de perder sua única moradia e de sua família. Aplicar, dessa forma, a exceção disposta neste dispositivo, sem levar em consideração um preceito maior que é o princípio da isonomia, é ignorar o verdadeiro sentido da extensão dos efeitos dessa premissa fundamental, é dizer também, ignorar a dignidade da pessoa humana, disposta na Carta Magna.

Ademais, ressalte-se também, que a interpretação de uma norma constitucional possui um papel salutar na aplicação do direito, e acerca dessa interpretação corrobora Hesse (1991) ao afirmar que a força normativa da Constituição é consolidada e preservada mediante a interpretação baseada no princípio da ótima concretização da norma. E para que tal princípio possa ser bem aplicado, é necessário que haja a conjugação entre fatos concretos da vida e normas constitucionais. A melhor interpretação de uma proposição constitucional é aquela que concretiza o seu sentido, adequando-se às reais condições de uma situação.

Posta assim a questão, longe dos meandros em voga quanto à questão de ser o direito à moradia uma norma programática, verifica-se que a impenhorabilidade do bem de família do fiador é situação que se impõe em detrimento de qualquer norma infraconstitucional que a afronte, por seguir a lógica constitucional que se expressa no sentido de proteger a única moradia do trabalhador e também o instituto da família.

Salienta Longo (2005) perspectiva interessante que consiste no fato de a exceção constante no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990 não guardar relação lógica dentre as demais exceções à impenhorabilidade, tais como, por exemplo, a satisfação de dívida alimentar, obrigação tributária e garantia real sobre o bem. Observa-se que todas as exceções transcritas no artigo 3º da referida lei, são dotadas de elevado nível de relevância e carga valorativa, o que não está presente no inciso VII, do mesmo artigo, que foi acrescentado posteriormente ao artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990, em razão

da previsão no artigo 82, da Lei nº 8.245/1991. Isto posto, o mencionado inciso VII, contraria toda a sequência lógica do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990, porque privilegia uma situação completamente destoante do caráter de proteção ao bem de família, o colocando em um plano secundário, em razão da elevada importância que atribui ao contrato de fiança na relação de locação imobiliária.

Em virtude dessas considerações, a presente pesquisa se afasta do pensamento do Supremo Tribunal Federal, por defender que o inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990 é inconstitucional, tendo em vista o sacrifício de direitos fundamentais do fiador, quais sejam, o direito de moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana, em razão do cumprimento da obrigação fidejussória em benefício do terceiro afiançado. O fiador, em regra, ignora as implicações futuras de um contrato de fiança na relação de locação imobiliária caso o afiançado seja inadimplente, visto que é comum o contrato de fiança apresentar-se como um contrato de adesão ao qual podem estar contidas cláusulas que posteriormente mostrar-se-ão prejudiciais ao fiador, como, por exemplo, a previsão de renúncia ao benefício de ordem.

Negar a proteção à penhora da única moradia do fiador e de sua família equivale a cercear um direito indisponível do trabalhador, o que implica em um sacrifício desproporcional e demasiadamente oneroso, em razão do adimplemento de um crédito pertencente ao locador.

Nesse aspecto, tal desproporção é corroborada com o fato de que caso o fiador venha a se insurgir em ação regressiva em face do locatário, se este possuir um único imóvel próprio, não poderá tal imóvel ser alvo de penhora, uma vez que o afiançado tem a seu favor a proteção ao bem de família, que consiste na impenhorabilidade.

Ademais, cumpre esclarecer que a sociedade brasileira atual vive um momento em que há notória ascensão de valores constitucionais, que permeiam todos os demais ramos do direito. Relevante se faz, que as relações entre particulares em contratos de locação imobiliária também sejam norteadas pelos preceitos constitucionais, isto é, faz-se imprescindível a interpretação do contrato de fiança à luz da observância ao inciso III, do artigo 1º e do artigo 6º, da Constituição da República.

Com efeito, o Brasil assumiu compromisso internacional ao aderir ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que prevê no artigo 11, a proteção à moradia. A assunção ao mencionado Pacto ratifica a imprescindibilidade desse direito a fim de que o indivíduo tenha uma existência digna.

É sobretudo importante assinalar que no contexto da sociedade contemporânea, *ethos* equivale à um *dever ser*, contudo, o mundo em que vivemos representa uma realidade distinta do *dever ser*. A centralização da visão política que prega a proteção dos direitos do homem equivale a sua desobediência massificada dentre a maioria das populações dos países, independentemente da classe social que façam parte, ou da raça que possuem. O *ethos* dos direitos do homem reflete quase

sempre nas declarações, mas na realidade, carece de pouca efetividade na maioria dos países, consistindo em letra morta. A disputa pelo poder sempre dominou a história, mas subsiste uma razão para esperança, qual seja o fato de a história ter tempos longos e tempos breves e, impende considerar que a história dos direitos do homem é de tempos longos (BOBBIO, 2004).

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Ginacéia da Silva. A impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: JÚNIOR, Clito Fornaciari; SICA, Heitor Vitor Mendonça; TUCCI, Rogério Cruz e (coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Alheiros, 2013.

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

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento nº 2008 00 2 009756-4**. Relator: Des. Antoninho Lopes. Publicado no DJ-e de 8/05/2009, p. 109.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Agravo de Instrumento nº 11704 MS 2012.011704-1**. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. Publicado em: 05/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 352940**. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ de 25.04.2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Ordinária PL 6413/2009**. Revoga o artigo 82 da lei nº 8245/1991 e inciso VII, do artigo 3º, da lei nº 8009/1990 que dispõe sobre a penhora de bem de família do fiador para pagamento de débitos contraídos em contratos de locação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=459620>> Acesso em: 08 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 29 mar. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm>. Acesso em: 03 mai. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. In: _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Depositada a Carta de Adesão em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor,

para o Brasil, em 24 de abril de 1992. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 mai. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CORDEIRO, Ana Paula Del Pretti. **Bem de família**: uma visão inconstitucional do contrato de fiança locatícia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. I: teoria geral do direito civil. 21. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. III: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo; FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, vol. 1: Parte geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. I: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito civil brasileiro**, vol. III: contratos e atos unilaterais. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito civil brasileiro**, vol. VI: direito de família. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**, vol. II: processo de execução e processo cautelar. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LONGO, Gabriel Sousa. A inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador para a satisfação de crédito locatício. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **A outra face do poder judiciário**: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey/ São Paulo: Escola Paulista de Direito – EPD, 2005.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos**: Teoria geral dos contratos em espécie. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, v. III: execução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MESQUITA, Renata Paccola. **Penhora do bem de família do fiador e colisão dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações: 2ª parte: dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil,

vol. V. 32. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a cidade antiga. In: WOLKMER, Carlos Antônio. **Fundamentos de história do direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 124.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. vol. I: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**, vol. II: execução e processo cautelar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STF, Tribunal Pleno, **RE n. 407688-8**, Rel. Min. Cezar Peluso. In: BRITTO, Carlos. DJ de 6.10.2006, p. 901. Disponível em: <stf.org.jus.br>. Acesso em: 04 mar. 2014.

STF, Tribunal Pleno, **RE n. 407688-8**, Rel. Min. Cezar Peluso. In: GRAU, Eros. DJ de 6.10.2006, p. 892. Disponível em: <stf.org.jus.br>. Acesso em: 04 mar. 2014.

STF, Tribunal Pleno, **RE n. 407688-8**, Rel. Min. Cezar Peluso. In: MENDES, Gilmar. DJ de 6.10.2006, p. 905. Disponível em: <stf.org.jus.br>. Acesso em: 04 mar. 2014.

STF, Tribunal Pleno, **RE n. 407688-8**, Rel. Min. Cezar Peluso. In: BARBOSA, Joaquim. DJ de 6.10.2006, p. 897. Disponível em: <stf.org.jus.br>. Acesso em: 04 mar. 2014.

STF, Tribunal Pleno, **RE n. 407688-8**, Rel. Min. Cezar Peluso. In: GRACIE, Ellen. DJ de 6.10.2006, p. 907. Disponível em: <stf.org.jus.br>. Acesso em: 04 mar. 2014.

TARTUCE, Flávio. **A penhora do bem de família do fiador de locação**. Abordagem atualizada. ADV-Advocacia Dinâmica, São Paulo: COAD–Informações Confiáveis. Ano, 2007. Disponível em: <http://www.riquel.com.br/fmb/artigos/FMB_Artigo0070.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUCCI, Rogério Cruz e. Penhora sobre bem do fiador de locação. In: JÚNIOR, Clito Fornaciari; SICA, Heitor Vitor Mendonça; TUCCI, Rogério Cruz e (coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.