

EPD – ESCOLA PAULISTA DE DIREITO

Pós-Graduação “Lato Sensu”

Especialização em Direito Civil e Processual Civil

Coord. Científica Prof.^a Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professor José Fernando Simão

***“Questões concernentes à constitucionalidade da penhora
do bem de família do fiador no contrato de locação”***

Aluno: **Luciano Sabino da Silva**

Módulo I

Curso de terças e quintas

SÃO PAULO – ABRIL/2006

SUMÁRIO

1. Introdução	Pág. 03
2. Direito à moradia	Pág. 04
3. O bem de família	Pág. 05
4. Direito Civil Constitucional	Pág. 06
5. A fiança locatícia	Pág. 08
6. A questão concernente à penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação.....	Pág. 09
7. Conclusão	Pág. 18
8. Bibliografia	Pág. 20

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo discutir a constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90 que dispõe acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação.

Para tanto, faz-se mister a análise, ainda que muito sucinta, concernente ao direito à moradia e ao bem de família. Discorreremos também sobre o chamado Direito Civil Constitucional e seus princípios básicos e sobre o contrato de fiança.

Extenso e apaixonante é o assunto em tela. Devido a esta extensão, e por fugir ao objetivo deste, não nos detemos profundamente nos institutos mencionados. Não obstante, no que tange ao enfrentamento do cerne da questão suscitada, procuramos corroborar todos os posicionamentos com a melhor doutrina e jurisprudência pertinentes.

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

*“A justiça se sobrepõe a todos os valores visados por
qualquer das regras do Direito”*
(Damásio E. de Jesus)

2. DIREITO À MORADIA

Assim reza a Constituição Federal em seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹

A moradia constitui um dos muitos problemas sociais enfrentados por toda a sociedade. Muito se tem discutido sobre o tema em diversos ramos da ciência, especialmente no campo sociopolítico, econômico e jurídico. Não obstante, o entendimento é pacífico quando se afirma que a moradia é uma necessidade básica do ser humano, constituindo condição sem a qual se torna impossível uma existência com dignidade. Trata-se de bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável da sua vontade e indisponível; Por ser inerente à pessoa, independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Enfim, o direito à moradia é inerente a todo o ser humano e decorre da natureza de direito essencial concernente à personalidade humana.

O direito à moradia goza de proteção legal também no âmbito do direito internacional, sendo tutelado por diversas normas: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, e por outros tratados e pactos internacionais, como a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados; o Pacto Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre os Direitos da Criança e na Declaração Sobre Assentamentos Humanos de Vancouver.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25.06.1993, da qual o Brasil é parte signatária, dispõe em seu artigo 5º, Parte I que deve haver obrigação do Estado, no que diz respeito ao direito à moradia, com fundamento no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de constituir legislação, instrumentos,

¹ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

programa e plano de ação sobre a política habitacional de modo a garantir esses direitos a todos os indivíduos.

Destarte, no decorrer do presente trabalho, não devemos perder de vista o direito à moradia sob a concepção de direito fundamental, com suas raízes no próprio direito natural elementar de cada indivíduo, e que a legislação e os atos do governo devem sempre propiciar a viabilidade social da concretização desse direito como umas das condições para que haja vida com dignidade.

3. O BEM DE FAMÍLIA

É lugar comum o consenso de que a família é a base da sociedade. Com fulcro nessa premissa, o Estado lhe confere proteção especial, como podemos verificar na Constituição Federal, artigo 226, *caput*: “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”. É neste contexto que surge o instituto do bem de família: Inferese que, protegendo o domicílio da família, garante-se um mínimo de condições para que não haja sua desestruturação.

O bem de família tem sua origem no *homestead* americano, em meados do século XIX. Hodiernamente, o melhor conceito que encontramos concernente ao instituto é o de CARVALHO DE MENDONÇA, segundo o qual o bem de família é “*uma porção de bens definidos que a lei ampara e resguarda em benefício da família e da permanência do lar, estabelecendo a seu respeito a impenhorabilidade limitada e uma inalienabilidade relativa*”.²

No Brasil, o bem de família é regulado pela Lei nº 8.009/90 que dispõe sobre o **bem de família involuntário**, e pelo Código Civil de 2002, nos artigos 1.711 a 1722, que regula o chamado **bem de família voluntário**. Ambos ainda se subdividem em **móveis e imóveis**.

² AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA . *Bem de Família: Com Comentários à Lei 8.009/90*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 93

O bem de família voluntário, convencional ou facultativo³ é, grosso modo, o que se constitui por atitude voluntária do proprietário, a fim de evitar imprevistos futuros que coloquem em risco sua moradia e os móveis que o guarnece. Em contrapartida, o bem de família involuntário, legal⁴ ou obrigatório⁵ se constitui independentemente da vontade do proprietário.

O artigo 1º da Lei 8.009/90 estabelece que:

“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”.

Dessa forma, resta claro e evidente que o escopo da referida lei é a proteção da família, por meio da preservação de seu lar. Como já dito alhures, tal proteção é calcada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, haja vista que o direito à moradia remete a essa necessidade inerente do indivíduo.

4. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Século XIX, Revolução Francesa, individualismo, proteção patrimonial do homem... Tudo isso que fazia parte da estrutura do Direito Civil corroeu-se pelo tempo e pelos novos anseios sociais. A Constituição Federal de 1988, concebida nos ideais de justiça igualitária, solidariedade social e dignidade da pessoa humana, irradia um novo prisma de valores. A sociedade, em seu dinamismo, hoje é aberta, multifacetária e globalizada, e carece da proteção de novos interesses.

³ Nomenclatura utilizada por RICARDO ARCOVERDE CREDIE em sua obra *Bem de Família: Teoria e Prática*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

⁴ Nomenclatura utilizada por MARIA ALICE LOTUFO em seu *Curso Avançado de Direito Civil*, vol. 5: Direito de Família, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ RICARDO ARCOVERDE CREDIE, *idem*.

É na esteira desses novos valores que surge o chamado **Direito Civil Constitucional**, cujo olhar se volta para a proteção da pessoa humana, e não mais apenas para seu patrimônio. Trata-se de “*uma variação hermenêutica, uma mudança de atitude no ato de interpretar a Lei Civil em confronto com a Lei Maior*”⁶. São adotados novos princípios norteadores das relações entre particulares, como eticidade (abandono da formalidade e tecnicismo exarcebados, com sistema de cláusulas abertas interpretadas à luz da moralidade, ética, bons costumes e boa-fé objetiva); socialidade (abandono do individualismo em favor da vida comunitária); operabilidade; função social dos contratos; e equidade. Enfim, extirpa-se a visão fundamentalmente individualista do vetusto Código Civil em favor do trinômio dignidade-solidariedade e igualdade – corolários no moderno direito civil.

Torna-se necessário para o presente trabalho evidenciarmos um tópico em especial: a **função social dos contratos**.

O novo Código Civil, em seu artigo 421, consagra o princípio da Função Social do Contrato: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Trata-se de verdadeiro Princípio Geral do Direito, básico, explícito. Destarte, pode ser considerado como um regramento contratual de ordem pública, segundo o qual o contrato deverá ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto social, conforme ensina TEREZA NEGREIROS:

“Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetados”.⁷

⁶ Conforme ensina SILVA, JOSÉ AFONSO DA. – *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros 1998, p.36-37.

⁷ NEGREIROS, TEREZA. *Teoria do Contrato. Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206

Tal função social está ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Assim, seu principal escopo é equilibrar as relações jurídicas sem preponderância de uma parte sobre a outra, defendendo os interesses do grupo social também nas relações entre particulares.

O Professor JOSÉ FERNANDO SIMÃO, com a inteligência que lhe é peculiar, ensina que:

*“Quanto aos terceiros, o contrato não pode ser mais entendido como mera relação individual (que produz apenas efeitos inter partes). **Devem ser considerados os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais.** Seria a função do contrato frente à sociedade e, por isso, a avença **deve atender ao bem comum e não pode ser fonte de prejuízos para a sociedade.** Novamente, evidencia-se o afastamento do individualismo e a idéia de bem comum”.*⁸ (Grifos nossos)

Com relação aos efeitos entre as partes, ensina o Ilustre Mestre que deve haver equilíbrio entre os contraentes, podendo ser consideradas nulas pelo juiz as cláusulas iníquas ou abusivas, que atentem contra a justiça interna do contrato.

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

5. A FIANÇA LOCATÍCIA

O instituto da fiança está disciplinado no Código Civil nos artigos 818 a 839. Trata-se de um contrato acessório, que depende de uma avença principal, onde o fiador garante pessoalmente, com seu patrimônio, a satisfação do credor na hipótese do

⁸ Artigo intitulado “O novo Direito Civil brasileiro e o Código Reale” – www.professorsimão.com.br. Pesquisado em abril/2006.

devedor não cumprir sua obrigação. Por conseguinte, o fiador pode valer-se do benefício de ordem, ou seja, pode exigir, até a contestação, que sejam primeiro executados os bens do devedor⁹. É ainda um contrato unilateral (haja vista que só gera obrigações para uma das partes, o fiador).

Outra característica da fiança é sua gratuidade – em regra, o fiador não recebe nenhuma remuneração. O contrato é baseado na confiança pessoal que o fiador deposita no devedor. É contrato consensual (se aperfeiçoa com a manifestação de vontade das partes) e informal, posto que não exige registro público para sua validade.

A fiança consiste numa das espécies mais tradicionais de instrumento de garantia locatícia. Assim, a Lei do Inquilinato (nº 8.245/91), por meio de seu artigo 82, alterou o artigo 3ª da Lei nº 8.009/90, que trata das exceções à impenhorabilidade do bem de família, ficando estabelecido que:

“Art. 3º: A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Finalmente, eis o ponto em que queríamos chegar e o qual passaremos a discorrer no próximo tópico.

6. A QUESTÃO CONCERNENTE À PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

Vimos que uma das exceções à impenhorabilidade do Bem de Família involuntário refere-se ao imóvel de residência do fiador de locação de imóvel urbano (artigo 3º, VII da Lei 8.009/1990). Assim, o legislador permitiu essa hipótese para não

⁹ Artigo 827 do Código Civil.

restringir as possibilidades de fiança em locação. Não obstante as inúmeras críticas, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritária ainda é no sentido de que tal dispositivo legal é constitucional.

No Supremo Tribunal de Justiça, consoante o entendimento do extinto Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, prevalece a aceitação da penhorabilidade do imóvel do fiador:

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

“Execução – Penhora – Bem de família – Fiador – Inconstitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/1990 – Não reconhecimento. Não é inconstitucional a exceção prevista no inciso VII do art. 3º, da Lei 8.009/1990, que autorizou a penhora do bem de família para a satisfação de débitos decorrentes de fiança locatícia” (2º TACSP, Ap. c/ Ver. 656.658-00/9 – 1ª Câmara – Rel. Juiz Vanderci Álvares – j. 27/05/2003, Anotações no mesmo sentido: JTA (LEX) 149/297 – AI 496.625-00/7 – 3ª Câmara – Rel. Juiz João Saletti – j. 23/09/1997 – Ap. c/ Rev. 535.398-00/1 – 3ª Câmara – Rel. Juiz João Saletti – j. 09/02/1999 – Ap. c/ Rev. 537.004-00/2 – 4ª Câmara – Rel. Juiz Mariano Siqueira – j. 15/06/1999 – Ap. c/ Rev. 583.955-00/9 – 12ª Câmara – Rel. Juiz Arantes Theodoro – j. 29/06/2000 – Ap. c/ Rev. 593.812-00/1 – 10ª Câmara – Rel. Juiz Soares Levada – j. 07/02/2001 – Ap. c/ Rev. 605.973-00/3 – 8ª Câmara – Rel. Juiz Renzo Leonardi – j. 26/04/2001 – Ap. c/ Rev. 621.136-00/1 – 10ª Câmara. Rel.

Juiz Irineu Pedrotti – j. 12/12/2001 – Ap. c/ Rev. 621.566-00/7 – 10ª Câmara. – Rel. Juiz Soares Levada – j. 12/12/2001 – AI 755.476-00/1 – 6ª Câmara. – Rel. Juiz Lino Machado – j. 16/10/2002 – Ap. c/ Rev. 628.400-00/7 – 3ª Câmara. – Rel. Juiz Ferraz Felisardo – j. 26/11/2002 – Ap. c/ Rev. 760.642-00/0 – 9ª Câmara. – Rel. Juiz Claret de Almeida – j. 27/11/2002 – AI 777.802-00/4 – 3ª Câmara. – Rel. Juiz Ribeiro Pinto – j. 11/02/2003 – AI 780.849-00/0 – 12ª Câmara. – Rel. Juiz Arantes Theodoro – j. 27/02/2003).

Os seguidores dessa tese defendem que, primeiramente, a regra de impenhorabilidade estabelecida pela Lei 8.009, não é absoluta, pois comporta exceções enunciadas na própria norma. Argumentam também que não há de se invocar o princípio da isonomia, uma vez que uma é a situação do locatário, a quem a lei quis proteger ao estabelecer a impenhorabilidade como regra geral, e que outra é a do fiador, que não é parte na locação. Nesse sentido, a penhorabilidade do bem do fiador até favoreceria o direito de moradia da classe de pessoas interessadas em locar bem imóvel urbano – mantendo-se tal regra, aumenta-se também a oferta de imóveis oferecidos à locação – favorecendo-se indiretamente o exercício do direito à moradia das pessoas que não são proprietárias de imóveis e necessitam dos bens de terceiros para morar. Alegam ainda que, caso fosse extinta essa garantia, haveria diminuição da oferta de imóveis à locação ou ocorrer de os proprietários exigirem outras espécies de garantias mais onerosas, dificultando o papel do Estado como estimulador do direito constitucional à moradia.

Outra questão suscitada é a de que o artigo 6º da Constituição Federal, que transformou a moradia em direito social por força da EC nº 26 de 2000, seria norma genérica e subjetiva, dependendo ainda de regulamentação, não podendo, portanto, sobrepor-se à lei específica – no caso, a Lei nº 8.009/90. Vejamos a decisão proferida pelo Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“EXECUÇÃO – PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – FIADOR – DIREITO DE MORADIA (ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EMENDA Nº 26 DE

14/02/2000) – REGULAMENTAÇÃO – AUSÊNCIA – CABIMENTO

O direito de moradia introduzido no artigo 6º da Constituição Federal pela Emenda nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, porque não regulamentado na Constituição, como nela previsto (“na forma desta Constituição”), tem caráter exclusivamente programático, valendo como um norte para o poder público e o legislador infraconstitucional, mas não tendo eficácia plena enquanto não regulamentado, prevalecendo desarte as exceções previstas no artigo 3º da Lei nº 8.009/90, norma que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. (EI 587.652-02/0 – 4ª Câmara. Rel. Juiz Amaral Vieira).”

MARIA CRISTINA ZUCCHI, ao discorrer sobre o tema, ensina que pelo contrato de fiança, se pretende dar garantia ao credor de ter o seu crédito satisfeito, caso o devedor principal falhe no adimplemento obrigacional. Há a preocupação em proteger o crédito, a fim de se garantir a segurança jurídica. E arremata:

“Por mais louváveis e procedentes que sejam os motivos sociais e os atinentes a direitos humanos, quer individuais ou sociais, não podem eles suplantar a credibilidade da garantia dada, ou então estaremos diante de uma farsa, tentando por mágica demonstrar que o que está na lei, em verdade, não está”.¹⁰

Há ainda o entendimento de que o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel – e, conseqüentemente, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica.

¹⁰ LOCAÇÕES – Aspectos relevantes – Aplicação do Novo Código Civil. Coord. Francisco Antônio Casconi e José Roberto Amorim. Ed. Método – 2004 – artigo intitulado “O bem de família e a garantia da fiança locatícia”. págs. 178 e 179

Essa tese da penhorabilidade do bem de família do fiador ganhou muita força recentemente, com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em um Recurso Extraordinário (RE 407688-SP), tendo como relator o Ministro Cezar Peluso. Este entendeu que a Lei 8.009/90 é clara ao tratar como exceção a impenhorabilidade do bem de família de fiador; Cita a liberdade de escolha deste em avalizar ou não o contrato; E ainda deixa claro que a regra da penhorabilidade não conflita com o direito social de moradia estabelecido na Constituição, haja vista que o exercício desse direito pode ser alcançado por meio de outras ações do Estado.

O julgamento não foi unânime. Houve divergência por parte do Ministro Eros Grau e dos Ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello. Estes foram no sentido de que a Constituição ampara a família e a sua moradia e que essa proteção consta do artigo 6º da Constituição. Sendo assim, o direito à moradia seria um direito fundamental de 2ª geração, que tornaria indisponível o bem de família do fiador para penhora. Esse posicionamento, inclusive, acompanha os precedentes da própria Corte¹¹, relatados pelo então Ministro Carlos Velloso.

De forma brilhante, o referido Ministro assim justifica a sua defesa pela inconstitucionalidade da previsão legal:

“CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA; IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressalvando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a

¹¹ Trata-se dos RE's 352940 e 4496587.

mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

Em trabalho que escrevi “Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil”, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.03.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração – direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000.

O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º, feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se o velho brocardo latino: uni eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000”.

Resta claro e evidente que a decisão que constitui a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação é flagrantemente inconstitucional:

- Há lesão ao princípio da isonomia, uma vez que o fiador (que, nos termos do art. 827 do CC, é em regra devedor subsidiário, ou conforme melhor entendimento, garantidor) poderá ter seu bem de família penhorado, enquanto que o devedor principal (o locatário), não poderá suportar tal constrição. Observem a incongruência: Em caso de inadimplência, o fiador pode perder o seu único bem e, ao acionar o devedor, este poderá alegar a impenhorabilidade do seu bem de família! Ora, a fiança é um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (no caso, a locação). PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, fortes representantes do chamado Novo Direito Civil, assim também entendem, ao ensinarem que:

“Á luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil -, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia esculpido no art. 5º da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenha a mesma causa jurídica: o contrato de locação”¹².

- Fere a proteção à dignidade da pessoa humana, porquanto o direito à moradia foi elevado à condição de direito social. A Desembargadora ROSA MARIA DE ANDRADE NERY assim também entende, conforme se extrai desse seu julgado:

“LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – EXECUÇÃO – BEM DE FIADOR – PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – Declara-se a impenhorabilidade do bem constricto, livrando-o da penhora, por ser o único bem de moradia do fiador, declarando-se incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.8009/90 e do art. 82 da Lei 8.245/91, por ofensa aos arts. 5º, caput, e 6º da Carta da República. Prosseguimento da execução pelos valores

¹² GAGLIANO, PABLO STOLZE; PAMPLONA FILHO, RODOLFO. *Novo curso de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 2003, v. I, p. 289

fixados, para que sejam penhorados outros bens do devedor (Ap. c/ Rev. 593.812-0/1).

- Ofende o Princípio da Função Social dos Contratos, conforme ensina o Professor Flávio Tartuce, outro grande defensor do Direito Civil Constitucional:

“Por esse princípio os contratos devem ser interpretados de acordo com o contexto da sociedade, o que constitui um regramento de ordem pública e com fundamento constitucional, o que pode ser retirado dos arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do novo Código Civil e da tríade dignidade-solidariedade-igualdade”¹³.

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

“A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.” E assim conclui o Civilista: *“O direito constitucional à moradia acaba limitando a autonomia privada, portanto”*.

- Carece de razão o argumento no sentido de que as normas programáticas constitucionais mereceriam regulamentação infraconstitucionais. Ora, sabemos que é crescente a corrente na doutrina constitucionalista que segue a orientação que tais normas têm aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição, segundo o qual *“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*.

¹³ Extraído do artigo *“A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90”*, publicado no site www.flaviotartuce.adv.br, em junho de 2005; Pesquisa realizada em abril/2006.

Pelas razões expostas, e por tantos outros que não caberiam na pretensão deste singelo trabalho, é que seguimos a corrente minoritária (mas, ao nosso entender, mais justa) de que a regra que permite a penhora do bem de família do fiador no contrato de locação é **inconstitucional**.

Apesar de esse entendimento ser minoritário, encontramos algumas decisões que acolheram a referida tese. Recentemente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a impenhorabilidade de imóvel residencial do fiador, devido a garantia ter sido concedida em contrato de locação comercial¹⁴. Ainda, o 2ª Juizado da 3ª Vara Cível do Foro Central do Rio Grande do Sul, mandou suspender, em sede de mandado de segurança, o leilão do único bem imóvel dos fiadores de contrato de locação¹⁵.

Concluimos o presente tópico com as sábias palavras de SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA¹⁶:

“O dever de o direito à moradia ser protegido e tutelado constitui-se, no âmbito contratual do direito civil, na própria função social do contrato, devendo o Estado tutelar e intervir nas relações que envolvam o direito à moradia, sob dirigismo contratual, de modo a abolir o abuso e a busca desenfreada pelo rápido recebimento de crédito, em detrimento do direito à moradia. O direito de crédito não se sobrepõe ilimitadamente ao direito à moradia.”

¹⁴ Proc. Nº 789.652.0/9, rel. Lino Machado

¹⁵ Proc. Nº 7 70011610292, Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos.

¹⁶ SOUZA, SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE. *Direito à moradia e de habitação – Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podemos concluir que:

- O direito à moradia é inerente à dignidade do ser humano, preceito consagrado na Constituição Federal e de aplicação imediata. Respalda esse direito a máxima de que a família é a base da sociedade;
- A lei 8.009/90 surgiu como uma das formas de se efetivar esse direito, protegendo os bens da família, segundo o entendimento de que esta precisa de um lar para que se garanta um mínimo de condições sem as quais ela se desestruturaria;
- Há uma nova tendência de interpretação e aplicação das normas de Direito Civil – sob a ótica Constitucional. As relações entre particulares devem atender aos anseios estabelecidos na Carta Magna, bem como aos novos princípios gerais do novo Código Civil, tais como: socialidade, operabilidade, eticidade, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, solidariedade social, isonomia, função social dos contratos; função social da propriedade, dentre outros. É o chamado DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL, que estabelece uma nova visão do direito privado, devendo este ser lido em consonância com os ditames constitucionais;
- A fiança é um contrato acessório ao principal – que no presente estudo é o contrato de locação. Ambos devem ser interpretados conforme os anseios constitucionais hodiernos;
- A regra que estabelece a penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação é inconstitucional, haja vista que tal entendimento fere os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia estabelecido na Constituição. Outrossim, afronta também o princípio da função social do contrato, uma vez que privilegia o direito de crédito do credor em detrimento do direito de moradia do fiador.

Deverá o legislador apontar outras formas de propiciar ao credor a garantia de ver satisfeito seu crédito – formas essas que não venham a violar tão cruelmente o fundamental direito de moradia do fiador. Da mesma sorte, os julgadores devem

começar a voltar seus olhares com mais frequência para a lide, para o caso concreto, e menos para a lei.

Enfim, não temos a pretensão (tampouco competência) para apontar esses caminhos... Mas confiamos que, em decorrência da discussão que o tema tem levantado no meio jurídico, penas mais eloqüentes e capazes haverão de encontrá-los – o que não imagino senão concebidos sob a ótica do Direito Civil Constitucional.

Acreditamos que não se pode mais encarar a realidade contemporânea pela visão formal e individualista do antigo Diploma Civil. A sociedade clama por um novo modelo de justiça, calcado na dignidade e na igualdade social. Temos esperança que essa idéia de Direito Civil Constitucional se torne tendência em nossos tribunais, ajudando a concretizar esses novos anseios sociais. Encerramos o presente trabalho com o ensinamento do brilhante doutrinador GUSTAVO TEPEDINO¹⁷:

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

¹⁷ TEPEDINO, GUSTAVO (Coordenador). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: Com comentários à Lei 8.009/90* – 5 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: Teoria e prática* – São Paulo : Malheiros Editores, 2000.
- LOTUFO, Maria Alice. *Curso avançado de direito civil, v. 5 : Direito de família* – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* – 3 ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 1998.
- NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: Novos paradigmas* – Rio de Janeiro : Renovar, 2002.
- CASCONI, Francisco Antônio; AMORIM, José Roberto Neves. *Locações: Aspectos relevantes : Aplicação do novo Código Civil* (Coordenação de Francisco Antônio Casconi e José Roberto Neves Amorim) – São Paulo : Editora Método, 2004.
- GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil : (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil), v. I : parte geral* – São Paulo : Saraiva, 2003.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade* – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil constitucional* (coordenação Gustavo Tepedino) – Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 1 : Lei de Introdução e Parte Geral* (série concursos públicos) – São Paulo : Editora Método, 2005.

- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada : doutrina e prática : Lei n° 8.245, de 18-10-1991* – 7 ed. – São Paulo, 2004.

- _____. *Direito civil, vol. 3 : contratos em espécie* (Coleção direito civil) – 5. ed. – São Paulo : Atlas, 2005.

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional* – 22 ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 2001.

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil anotado* :Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira, com a colaboração de César Augusto de Castro Fiúza...[et al.] – Porto Alegre : Síntese, 2004.

- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1° a 5° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência* : (Coleção temas jurídicos ; 3) – 5 ed. – São Paulo : Atlas, 2003.

Sites Consultados:

<http://lucasabreubarroso.blogspot.com/>

<http://www.cwsdata.com.br/gustavonicolau/>

<http://www.flaviotartuce.adv.br/>

<http://www.professorsimao.com.br/>

<http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/>

<http://www.mjcatalan.blogspot.com/>