

DANIELLE AMIDEN MARTINS

**A FIANÇA LOCATÍCIA E A PENHORA
DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Prof. Álvaro Luís de Araújo
Ciarlini

BRASÍLIA

2010

Aos meus pais pela oportunidade, ao meu irmão Fábio pelo incentivo, à minha irmã Cristhyane pela colaboração, à minha família pelo apoio, ao Felipe e às amigas pela confiança, dedico estas minhas primeiras linhas jurídicas.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus pelo equilíbrio proporcionado para que eu pudesse alcançar com perseverança todos os meus objetivos. Ao professor Álvaro Ciarlini, exemplo de orientador, obrigada pela dedicação e zelo indispensável para a materialização desta pesquisa. E a todos os amigos e professores que fizeram parte da minha formação acadêmica e que contribuíram neste início da caminhada profissional.

RESUMO

O bem de família é recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro em duas modalidades: legal - regida pela Lei nº 8.009/90 e voluntária - regida pelo Código Civil. Sob a influência do mercado imobiliário, a Lei do Inquilinato fez acrescer à Lei nº 8.009/90 exceção à regra geral da impenhorabilidade do bem de família. Assim, o propósito do presente trabalho cinge-se em analisar a possibilidade da oferta do bem de família legal do fiador como garantia ao contrato de locação, por meio da Constituição Federal, do contrato de fiança e da propriedade amparada pelo direito à moradia. O problema surgiu com o advento da Emenda Constitucional nº 26/2000, tendo em vista a inserção do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais, e com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar válida e, portanto, recepcionada a exceção prevista no art. 3º, VII da Lei 8.009/90.

Palavras-chave: Fiança. Bem de família. Penhora. Direito à moradia.

ABSTRACT

The homestead is accepted in Brazilian legal system in two modalities: legal - by the Law 8.009/90 and voluntary - by the Civil Code. Under the influence of real estate market, the Tenancy Law added to the Law 8.009/90 an exception to the general rule of the homestead exemption of pledge. Therefore, the purpose of this research is to analyse the possibility to offer the legal homestead as a guarantee to the bail contract, according to the Federal Constitution, bail contract and propriety assisted by the housing right. The problem emerges with the advent of the Constitutional Emend nº 26/2000, which includes the housing right in the list of the fundamental social rights, and with the announcement of the Brazilian Supreme Federal Court that judged valide and, thus, accepted the exception foreseen in the article 3º, VII of the Law 8.009/90.

Keywords: Bail. Homestead. Pledge. Housing Right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O BEM DE FAMÍLIA.....	9
1.1 O bem de família e o mercado imobiliário.....	9
1.2 A proteção do bem de família.....	15
1.3 A proteção do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro.....	17
<i>1.3.1 Conceito e instituição do bem de família.....</i>	<i>17</i>
<i>1.3.2 Espécies de bem de família.....</i>	<i>18</i>
1.3.2.1 Bem de família voluntário.....	18
1.3.2.2 Bem de família legal.....	20
<i>1.3.3 Finalidade e Extensão da proteção do bem de família.....</i>	<i>22</i>
2 AS GARANTIAS DO MERCADO LOCATÍCIO.....	25
2.1 Modalidades de garantia.....	25
<i>2.1.1 Caução.....</i>	<i>25</i>
<i>2.1.2 Seguro de fiança locatícia.....</i>	<i>28</i>
<i>2.1.3 Cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.....</i>	<i>28</i>
<i>2.1.4 Fiança.....</i>	<i>29</i>
2.1.4.1 Características do contrato de fiança.....	29
2.1.4.2 Efeitos da fiança.....	32
<i>2.1.4.2.1 Relação entre credor e fiador.....</i>	<i>32</i>
<i>2.1.4.2.1 Relação entre o afiançado e o fiador.....</i>	<i>33</i>
2.1.4.3 Extinção, extensão e exoneração da fiança.....	37
2.1.4.4 Da execução do contrato de fiança.....	39
<i>2.1.4.4.1 Conceito de penhora.....</i>	<i>41</i>
<i>2.1.4.4.2 Natureza jurídica da penhora.....</i>	<i>42</i>
<i>2.1.4.4.3 Finalidade e objeto da penhora.....</i>	<i>42</i>
<i>2.1.4.4.4 Bens penhoráveis e bens impenhoráveis.....</i>	<i>43</i>
3 O FIADOR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	45
3.1 A dignidade da pessoa humana.....	45
3.2 Do direito à moradia.....	47
<i>3.2.1 Inserção, conceito e conteúdo do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro.....</i>	<i>47</i>
<i>3.2.2 A moradia como direito de defesa.....</i>	<i>49</i>
3.3 Do art. 3º da Lei nº 8.009/90.....	52
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	61
ANEXO.....	67

INTRODUÇÃO

A moradia é uma necessidade básica de todo cidadão. A cada indivíduo deve ser assegurado um local onde possa desenvolver relações familiares e encontrar abrigo, sendo assim, assuntos referentes à moradia impescindem tanto da atenção da sociedade como dos governantes.

O ordenamento jurídico também compartilha a preocupação de zelar pela moradia. A Lei 8.009/90, que instituiu o bem de família legal, demonstra expressamente a intenção do legislador em resguardar a moradia, bem como os utensílios que guarnecem a casa, isentando-os de expropriação.

Entretanto, em 8 de fevereiro de 2006, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, decidiu, por maioria, que o bem de família do fiador pode ser oferecido como garantia ao contrato de locação, por entender que assim facilitaria a locação dos desprovidos de casa própria, favorecendo, portanto, o acesso à moradia e o mercado imobiliário, o qual não precisaria mais encontrar fiadores que fossem proprietários de imóvel além daquele destinado à moradia.

A sociedade brasileira, principalmente a parcela da população que não apresenta moradia própria, sofre com as exigências do mercado de locação. Atento à realidade social, o direito busca formas de equilibrar os interesses da sociedade e do mercado. Contudo, a mencionada decisão do STF gerou discussões no meio jurídico principalmente porque a Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000 inseriu o direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais.

Assim, surgiu o problema: é possível penhorar o bem de família do fiador em virtude de garantia oferecida ao contrato de locação?

Para analisar a situação exposta, deve-se compreender como interesses externos podem ser considerados legalmente protegidos, nesse sentido, o filósofo Niklas Luhmann apresenta a idéia de acoplamento estrutural, em que os interesses econômicos e políticos podem se acoplar ao sistema do direito, analisando a Constituição Federal, o contrato e a propriedade.

O presente estudo realizar-se-à por meio de análise bibliográfica. Primeiramente, será abordado o instituto bem de família, uma vez que, no caso do fiador, é esse bem que sofre os efeitos da penhora, cabendo assim analisar os motivos e a finalidade do legislador na inserção do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, serão apresentadas as modalidades de garantia que o mercado imobiliário pode exigir, com enfoque no contrato de fiança, para que, desta forma, ao analisar as características do contrato, seus efeitos, suas formas de extinção e execução, seja possível verificar se o bem de família pode ser oferecido como garantia ao contrato de locação, preservando a essência do instituto e o contrato de fiança.

Por fim, irá observar as hipóteses suscitadas à luz da Constituição Federal, principalmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana do fiador e à propriedade do garante amparada pelo exercício do direito à moradia.

Desta forma, o presente estudo cumprirá seu objetivo orientado pelos conceitos de Niklas Luhmann, para que assim possa responder, após analisados a Constituição

Federal, o contrato e a propriedade, se a penhora do bem de família do fiador está ou não amparada pelo sistema de direito, respeitando assim suas próprias regras e fundamentos.

1 O BEM DE FAMÍLIA

1.1 O bem de família e o mercado imobiliário

O bem de família legal é regido pela Lei nº 8.009/90 que dispõe sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial. A Lei do Inquilinato nº 8.245/91 fez acrescer ao art. 3º da Lei nº 8.009/90 mais uma exceção à regra geral da impenhorabilidade, qual seja: “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.¹ É válido observar que a inserção de tal exceção foi motivada pelo mercado imobiliário.

A Lei nº 8.009/90 ao estabelecer a impenhorabilidade do bem de família fez com que o mercado das locações se retraísse. As imobiliárias passaram a exigir fiadores que fossem proprietários de mais de um imóvel, pois, de acordo com a Lei, o imóvel residencial do fiador estava resguardado. Assim, o mercado imobiliário, com dificuldades para achar fiadores que preenchessem o novo requisito, não teve outra opção a não ser o de pressionar o legislador para afastar a impenhorabilidade decorrente de fiança cedida em contrato de locação.²

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF) e, no dia 25 de abril de 2005, o ministro Carlos Velloso admitiu, monocraticamente, em Recurso Extraordinário nº 352.940-4/SP, a impenhorabilidade do bem de família baseando-se nos princípios da isonomia e da hermenêutica - onde existe o mesmo fundamento, há o mesmo

¹ BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8009.htm>>. Acesso em: 07 maio 2009.

² HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 6, n. 29, p. 173-200, jan./mar. 2007.

direito. Entretanto, em 8 de fevereiro de 2006, levado ao plenário, tal posicionamento foi modificado no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, no qual o fiador, Michel Jacques Perón, recorreu da decisão do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, pois entendeu que a penhora do seu bem de família, para o adimplemento de dívidas oriundas de contrato de locação, violava os preceitos constitucionais estabelecidos pela Emenda Constitucional nº 26/2000 no que concerne ao seu direito à moradia.³ A maioria dos ministros acompanhou o relator, Cezar Peluso, e concluiu que a penhora do bem de família do fiador não ofende o art. 6º da Constituição Federal.

Tal decisão, conforme já mencionado, foi claramente influenciada pelos interesses do mercado imobiliário. De acordo com Genacéia Alberton⁴:

O art. 82 da Lei 8.245/91, ao acrescentar o inc. VII à execução da parte final do art. 3.º da Lei 8.009/90, estabelecendo como afastada a impenhorabilidade do imóvel familiar ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’, visava tão-somente proteger a locação.

O Juiz de Direito, João Hora Neto⁵, assim esclarece:

Como dito, a alteração deveu-se ao *lobby* dos administradores de imóveis, representando os legítimos interesses dos locadores, objetivando a melhoria e expansão do mercado de locações; e com tal alteração, pois, criou-se mais uma exceção prevista no rol do art. 3.º da Lei 8.009/90, excluindo da impenhorabilidade o imóvel residencial do fiador da locação.

A comunicação do direito com a economia, bem como do direito com a política, é trazida por Niklas Luhmann que apresenta a idéia de acoplamento estrutural como

³ HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 104, v. 396, p. 25-59, mar./abr. 2008.

⁴ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Org.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 105-133.

⁵ HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 6, n. 29, p. 173-200, jan./mar. 2007.

meio necessário para relacionar cada sistema com o meio envolvente.⁶ No caso, o sistema jurídico com a economia e a política.

Entretanto, cada sistema possui sua clausura operativa, em outras palavras, cada sistema possui suas próprias operações e se reproduz - *autopoiesis* - por meio dessas próprias operações.⁷ Assim, por mais que se visualize a sociedade como um sistema de comunicação, o meio envolvente, no caso a economia, não pode introduzir normas no sistema jurídico, apenas provocar irritações. De acordo com Luhmann⁸:

El acoplamiento permite que las operaciones económicas propias sean eficaces como irritaciones del sistema de derecho y que las operaciones jurídicas propias lo sean como irritaciones del sistema económico. Esto no modifica en nada, sin embargo, el carácter de clausura de ambos sistemas. No altera en nada el hecho de que la economía busque ganancias o inversión rentable de capital bajo condiciones que el derecho ha complicado; y que el sistema de derecho busque la justicia o decisiones casuísticas suficientemente consistentes bajo condiciones que el sistema económico ha complicado.

O fato de os sistemas apresentarem suas próprias regras não impede a inserção de normas advindas do entorno no sistema do direito. O sistema de direito apenas irá dizer se determinado interesse está ou não legalmente protegido.

É o que se verifica com a questão do bem de família do fiador, uma vez que, conforme já mencionado, o direito, por meio da Lei n° 8.009/90, ao estabelecer a impenhorabilidade do bem de família criou dificuldades para o mercado imobiliário e irritou a economia, com isso a questão foi trazida para o âmbito jurídico, o qual também foi irritado.

⁶ LUHMANN, Niklas. Acoplamentos estruturales. In: **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México, 1999. Manuscrito, p. 351-407.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem. (Parágrafo traduzido: O acoplamento permite que as próprias operações econômicas sejam eficazes como irritações do sistema de direito e que as próprias operações jurídicas o sejam como irritações do sistema econômico. No entanto, isto não modifica em nada o caráter de clausura de ambos os sistemas. Não altera em nada o fato de que a economia busque lucros ou investimentos rentáveis de capital sob condições que o direito tenha complicado; e que o sistema de direito busque a justiça ou decisões casuísticas suficientes sob condições que o sistema econômico tenha complicado).

O sistema de direito pode se acoplar ao sistema da economia ou da política por meio das seguintes instituições: Constituição, contrato e propriedade. Contudo, não se pode afirmar que haverá uma sincronia entre os sistemas e os interesses.

Cada questão, no sistema de direito, deve ser decidida de acordo com o ordenamento jurídico, o que Luhmann chamaria de clausura operativa. Por isso, ao analisar o interesse do mercado imobiliário no sentido de obter o bem de família do fiador como garantia ao contrato de locação, deve-se analisar a constituição, o contrato e a propriedade.

A questão da moradia é muito séria no Brasil. Atualmente, o déficit habitacional é de 7,2 milhões de moradia. Neste sentido, o governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva lançou, em 2009, o programa Minha Casa Minha Vida com o objetivo de construir, em parceria com estados, municípios e iniciativa privada, 1 (um) milhão de moradias para famílias com renda de até 10 (dez) salários mínimos. Está previsto o investimento de R\$ 34 (trinta e quatro) bilhões para o programa.⁹

A moradia, no entanto, não é um problema restrito ao Brasil. A título de ilustração, a recente crise financeira norte-americana teve seu marco inicial com a liquidez da economia internacional que possibilitou o aumento de créditos para financiar imóveis residenciais, inclusive o crédito *subprime* (segunda linha) concedido a pessoas com histórico de inadimplência.¹⁰

⁹ MINHA CASA MINHA VIDA. **O sonho da casa própria vai virar realidade para milhões de brasileiros.** Disponível em: <<http://www.minhacasaminhavid.gov.br/>>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹⁰ Os efeitos da crise do setor imobiliário dos EUA. **Estadão.** 2 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/os-efeitos-da-crise-do-setor-imobiliario-dos-eua,1546.htm>>. Acesso em: 13 set. 2009.

Por se tratar de crédito de maior risco, os juros são mais elevados, atraindo bancos e fundos de investimentos a operarem com tais títulos. Contudo, o crescimento da economia norte-americana levou o *Federal Reserve - FED* (Banco Central americano) a aumentar a taxa de juros, o que implicou em um expressivo aumento da dívida imobiliária e, conseqüentemente, houve inadimplência daqueles tomadores do crédito *subprime*.¹¹

É evidente a importância do mercado imobiliário na economia, bem como a necessidade de o Estado prover moradia e regular as relações privadas entre locador e locatário.

Voltando ao âmbito nacional, o instrumento mais utilizado pela sociedade brasileira que apresenta dificuldades em obter a casa própria é o contrato de locação. Os dados fornecidos pelo sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE mostram que, em 2007, 16,7% da população brasileira moravam de aluguel, contra 74% que residiam em moradia própria.¹²

Recentemente, o Congresso Nacional discutiu e aprovou a nova Lei do Inquilinato, regulamentando questões que envolvem: ação de despejo, fiadores e garantias, devolução do bem, transferência de inquilino, renovação de contrato, ação e revisão judicial.¹³ A Lei entrou em vigor 25 de janeiro de 2010, respeitando, assim, a *vacatio legis* de quarenta e cinco dias prevista no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁴.

¹¹ Os efeitos da crise do setor imobiliário dos EUA. **Estadão**, 2 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/os-efeitos-da-crise-do-setor-imobiliario-dos-eua,1546.htm>>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹² IBGE. **Habitação**, 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/tabelas/habitacao.htm>. Acesso em: 13 set. 2009. Os dados apresentados foram os mais atuais disponibilizados.

¹³ VERDINI, Liana. Projeto de Lei aprovado na Câmara institui novas normas nos contratos de locação. **Correio Braziliense**, Brasília, 15 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/182/2009/08/15/economia,i=135102/PROJETO+DE+LEI+APROVADO+NA+CAMARA+INSTITUI+NOVAS+NORMAS+NOS+CONTRATOS+DE+LOCACAO.shtm>>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹⁴ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Nova lei do inquilinato: análise crítica das alterações introduzidas pela lei n. 12.112/2009**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10.

O deputado Reginaldo Lopes do Partido dos Trabalhadores - PT de Minas Gerais, em entrevista ao jornal *Correio Braziliense*¹⁵, relatou que:

menos de 10% dos imóveis no Brasil são postos em locação, quando, segundo ele, em países mais desenvolvidos esse mercado atrai de 30% a 40% das propriedades. Aqui, dos 54 milhões de imóveis existentes, apenas 5 milhões estão no mercado de aluguel.

Na mesma reportagem¹⁶ manifestou Felipe Magalhães, conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil seccional Distrito Federal - OAB/DF:

Talvez o que justifique tamanha resistência dos proprietários em colocar o imóvel para locação seja a insegurança na hora de retomar o bem. O conselheiro da OAB-DF conta que hoje em dia para um locador retirar do imóvel um inquilino que esteja, por exemplo, inadimplente, o prazo mínimo é de dois anos em função da morosidade do Judiciário.

Sabe-se que a exigência de fiador nos contratos de locação é cada vez mais frequente, visto que a presença de um garante possibilita maior segurança ao locador na cobrança de obrigações não adimplidas.

Em caso de dívida assumida em contrato de locação, fazendo-se necessário que o fiador assuma a responsabilidade pelo pagamento e este não dispuser de patrimônio suficiente para quitar a obrigação, sendo a sua casa o único bem suficiente para cobrir o débito, a proteção oferecida pelo instituto bem de família é afastada, possibilitando que o locador penhore o local de moradia do fiador.

O bem de família é aquele lugar onde as pessoas têm o intuito de fixar sua moradia. Esse local por apresentar uma finalidade essencial a todo ser humano é protegido

¹⁵ VERDINI, Liana. Projeto de Lei aprovado na Câmara institui novas normas nos contratos de locação. *Correio Braziliense*, Brasília, 15 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2009/08/15/economia,i=135102/PROJETO+DE+LEI+APROVADO+NA+CAMARA+INSTITUI+NOVAS+NORMAS+NOS+CONTRATOS+DE+LOCACAO.shtml>>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹⁶ Ibidem.

pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do instituto bem de família, servindo para preservar a casa da família de possíveis e futuras penhoras advindas do inadimplemento de dívidas. Todavia, tal amparo, conforme mencionado, apresenta exceções, como é o caso da fiança concedida em contrato de locação.

1.2 A proteção do bem de família

O bem de família obteve sua primeira proteção jurídica na República do Texas com a Lei do *Homestead*, instituída em 26 de janeiro de 1839, que tinha por objetivo proteger a pequena propriedade agrícola em que residia a família contra possíveis execuções judiciais.¹⁷

A edição da Lei está diretamente relacionada com o contexto histórico-social do momento. A separação do território mexicano, constituindo-se em uma República independente, em 1836, atraiu um grande número de emigrantes americanos que buscavam reconstruir seus lares.¹⁸

Em 4 de julho de 1776, influenciados pelas idéias iluministas que defendiam o direito à liberdade e a resistência aos governos autoritários, os Estados Unidos se emanciparam da Inglaterra.¹⁹

O solo norte-americano era uma vasta área pobre a espera de civilização. A agricultura e o comércio, após a independência, foram a base para o desenvolvimento da economia americana. Devido ao seu acelerado crescimento, os bancos da Europa sentiram-se

¹⁷ HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 104, v. 396, p. 25-59, mar./ abr. 2008.

¹⁸ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6.

¹⁹ VICENTINO, Cláudio; GIANPAOLO, Dorigo. O processo de independência dos Estados Unidos. **História para o ensino médio**: história geral e do Brasil. São Paulo: Scipione, 2001. p. 265-270.

atraídos a se estabelecerem nessa promissora região e a oferecerem serviços bancários à população.²⁰

A facilidade de obtenção de crédito e os benefícios trazidos pelos empréstimos, como escolas, estradas, fábricas, hospitais, além do próprio fomento das atividades norte-americanas, criaram uma ilusão de lucro fácil²¹.

Em 1830, a economia especulativa norte-americana, o aumento dos pedidos de empréstimos e o descontrole da emissão de moeda, aliado ao fato de que o dinheiro disponibilizado no mercado não representava o lastro de capital existente nos bancos²², foram os fatores decisivos para o começo de uma grande turbulência na economia dos Estados Unidos.

Os efeitos desse crescimento acelerado eclodiram em 1837, com a quebra de um expressivo banco de Nova York, e perduraram até 1839. Durante esse período ocorreram 33 (trinta e três) mil falências, a perda de 440 milhões de dólares e, só em 1839 - último ano da crise -, 959 (novecentos e cinquenta e nove) bancos fecharam as portas.²³

As famílias norte-americanas tiveram que arcar com as dívidas oriundas dos empréstimos, passaram por processos de execuções, no qual viram seus bens (animais, instrumentos agrícolas e terra) serem avaliados e penhorados.²⁴ Encontravam-se em uma situação de desamparo e viram, neste momento, o Texas como um subterfúgio para a recente crise, haja vista que a Constituição Texana, em 1836, com a intenção de fixar a população

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: com comentários à Lei 8.009/90. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

²¹ Ibidem, p. 28.

²² Ibidem, p. 27-28.

²³ Ibidem, p. 28-29.

²⁴ Ibidem, p. 29.

naquele território desabitado e subdesenvolvido, possibilitou, aos seus cidadãos, por meio do Governo, o acesso a uma pequena porção de terra para que pudessem trabalhar.

Diante dessas vantagens, o Texas teve seu território composto praticamente por norte-americanos. Neste contexto, em 1839 foi promulgada a Lei do *Homestead*.²⁵

1.3 A proteção do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro

1.3.1 Conceito e instituição do bem de família

O bem de família *lato sensu* é compreendido como aquele lugar destinado à preservação das relações familiares. Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro sempre buscou proteger a família, como se verifica nas palavras de Santos²⁶:

Na família repousa o germe embrionário que dá origem e sustentação ao Estado. Nesse contexto, as civilizações modernas, de modo geral, sempre procuraram resguardar em seus ordenamentos jurídicos condições propícias para o desenvolvimento e fortalecimento do grupo familiar.

Nesse sentido, o bem de família é o imóvel rural ou urbano que apresenta como finalidade proteger o local de moradia da família²⁷ isentando-o de alienação e/ou penhora.

A instituição do imóvel em bem de família pode ser feita por 2 (duas) formas, pelo particular - de acordo com as regras estabelecidas no Código Civil -, ou pelo Estado - como dispõe a Lei nº 8.009/90.

²⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: com comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

²⁶ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 154.

²⁷ AZEVEDO, op. cit., p. 167.

1.3.2 Espécies de bem de família

1.3.2.1 Bem de família voluntário

Após várias tentativas de inserir o instituto bem de família no ordenamento jurídico brasileiro, como: Projeto de Leovigildo Filgueiras - 1893; Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues - 1893; Projeto Toledo Malta - 1903; Projeto Esmeraldino Bandeira - 1910; somente no Código Civil de 1916 é que se verificou a primeira modalidade de bem de família - voluntária.²⁸

O Brasil recepcionou o assunto em sua parte geral, situado no livro dos Bens, em apenas 4 (quatro) artigos: 70 a 73.

Ao longo do tempo, o bem de família voluntário sofreu alterações, ou melhor, complementações, haja vista a insuficiência legislativa em abordar todos os aspectos relacionados ao tema em apenas 4 (quatro) artigos.

O Decreto - Lei nº 3.200 de 19 de abril de 1941 estabeleceu o valor de 100 (cem) salários mínimos vigentes à época para os bens de família. Com a edição da Lei nº 5.653 de 1971, tal valor passou a ser 500 (quinhentas) vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país, entretanto, com o advento da Lei nº 6.742 de 1979, o bem de família passou a ser qualquer imóvel que fosse a residência da família por mais de 2 (dois) anos, afastando-o da penhora, independentemente do valor do bem.²⁹

O referido Decreto também estabeleceu que o bem de família não entraria em inventário desde que residisse no imóvel o cônjuge sobrevivente ou filho menor. Outro

²⁸ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49-58.

²⁹ Ibidem, p. 64.

ponto positivo foi a extensão da instituição do bem de família para imóveis rurais, como também a isenção e o recrudescimento dos impostos federais e estaduais relativos ao imóvel bem de família.³⁰

Posteriormente, a Lei nº 6.015/73 - Lei de Registros Públicos - veio regulamentar o processo de instituição do imóvel em bem de família.

Os efeitos do déficit legislativo aliados ao ato de vontade do instituidor em constituir o imóvel como bem de família ensejou uma inutilização do instituto pela sociedade brasileira, que só foi contornada em 2002, com o advento no novo Código Civil.

Atualmente, o bem de família voluntário está alocado no direito de família, nos arts. 1711 a 1722, pois pretende resguardar o grupo familiar e os seus indivíduos.³¹

De acordo com o art. 1712 do Código Civil entende-se por bem de família voluntário:

[...] prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

A instituição do imóvel em bem de família poderá ser feita pelos cônjuges ou pela entidade familiar - via escritura pública ou testamento -, ou até mesmo por um terceiro, caso em que a afetação se dará por testamento ou doação, desde que o bem não ultrapasse 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente à época.³²

³⁰ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 64-65.

³¹ HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 104, v. 396, p. 25-59, mar./ abr. 2008.

³² BRASIL. Código civil. **Vade mecum compacto**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Independentemente do instituidor, o bem deve ser incluído no Registro de Imóveis para que se de publicidade ao ato e não haja fraude a credores, haja vista que após instituído o bem de família é isento de execuções.

Tal isenção se prolonga enquanto houver um cônjuge vivo e na sua ausência até que os filhos completem a maioridade, residindo aí a forma de extinção do bem de família voluntário.

1.3.2.2 Bem de família legal

A edição da Lei nº 8.009/90 pelo ministro da Justiça, Saulo Ramos, no final do governo de José Sarney, ocorreu em um contexto social de grande relevância para os brasileiros.³³

No ano de 1990, o Brasil vivia uma grande crise em sua economia. O poder de compra diminuía a medida em que se acelerava a inflação e os planos econômicos lançados pelo governo não minoraram os efeitos da crise. A situação financeira da família brasileira estava desequilibrada.³⁴

E, mais uma vez, o legislador brasileiro veio proteger o imóvel residencial da família.

Em 29 de março de 1990, a instituição da Lei nº 8009/90, fruto da Medida Provisória nº 143/90, discorreu acerca da impenhorabilidade do bem de família. Desta forma,

³³ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 153.

³⁴ Ibidem, p. 153.

tal instituto ganhou uma maior proteção no âmbito jurídico, uma vez que, agora, o amparo vem do Estado e não do particular, como bem explicita Hora Neto³⁵:

Em síntese, em sede de bem de família legal, o instituidor é o próprio Estado, por força da edição da Lei 8009/90, sendo essa uma lei de ordem pública por excelência, em defesa do núcleo familiar, independente de ato constitutivo e, portanto, de Registro de Imóveis.

Sendo assim, a Lei³⁶ instituiu que:

Art. 1º: O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Entretanto, a Lei supramencionada admite em seu artigo 3º exceções à indisponibilidade do bem familiar, quais sejam:

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

I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III – pelo credor de pensão alimentícia;

IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade famílias;

VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.³⁷

³⁵ HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 6, n. 29, p. 173-200, jan./ mar. 2007.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8009.htm>>. Acesso em: 07 maio 2009.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009.

Essa última exceção é o objeto de estudo deste trabalho, uma vez que o problema da penhora do bem de família do fiador surgiu com o advento da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, pois a proteção da moradia entrou no rol dos direitos fundamentais sociais.³⁸ Sendo assim, é possível que o bem de família do fiador seja penhorado em virtude de obrigação oriunda do contrato de locação?

1.3.3 Finalidade e Extensão da proteção do bem de família

Por todo o exposto, não resta dúvida que, independente da modalidade de bem de família, a intenção do legislador é de resguardar a moradia e “ao Estado não é dado furtar-se do resguardo das condições mínimas para a sobrevivência digna da família”.³⁹

A preocupação do legislador em proteger a moradia é clara desde o momento da instituição do bem de família legal no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 6º da Lei nº 8.009/90⁴⁰ assim dispõe: “são canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990, que deu origem a esta Lei”.

A doutrina de Eliane Aina⁴¹ esclarece que a melhor interpretação ao art. 6º da Lei nº 8.009/90 é a de que o legislador quis sustar os efeitos da penhora e não a execução. Esse dispositivo permitiu que fossem canceladas as penhoras realizadas em processos de execução que já estavam em andamento no momento da edição da Lei nº 8.009/90.

³⁸ HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 104, v. 396, p. 25-59, mar./ abr. 2008.

³⁹ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família: voluntário e legal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 155.

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8009.htm>>. Acesso em: 07 maio 2009.

⁴¹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 10.

De fato houve um efeito retroativo da lei, o que gerou grandes discussões e resistência quanto à aplicação do mencionada artigo em virtude do princípio da irretroatividade das leis⁴². Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula n° 205⁴³ que estabelece: “A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”.

No mesmo sentido, voltado para a proteção da moradia é que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que mesmo no caso de penhora de imóvel residencial destinado à moradia de uma só pessoa pode-se alegar a proteção oferecida pela Lei n° 8.009/90, uma vez que sua intenção é resguardar a moradia.⁴⁴

Em outubro de 2008, o STJ pela Súmula n° 364⁴⁵ assim enunciou: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

A retroatividade, bem como a extensão da proteção do bem de família, nos demonstra que a casa não pode ficar exposta e nem se enquadrar nos “bens suscetíveis de apreensão judicial para a satisfação de créditos pecuniários”⁴⁶, devendo, sim, protegê-la das

⁴² AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 09.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 205**. A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=205&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n° 759962 Distrito Federal. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. OCUPAÇÃO UNICAMENTE PELO PRÓPRIO DEVEDOR. EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DADA PELA LEI N. 8.009/90. I. Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do STJ (ERÉsp n. 182.223/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.04.2003, por maioria), considera-se como "entidade familiar", para efeito de impenhorabilidade de imóvel baseada na Lei n. 8.009/90, a ocupação do mesmo ainda que exclusivamente pelo próprio executado. II. Ressalva do ponto de vista do relator. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para afastar a penhora. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 22 ago. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500998766&dt_publicacao=18/09/2006>. Acesso em: 24 mar. 2010.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 364**. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=364&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

⁴⁶ CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 04.

vicissitudes econômicas, independentemente do momento da realização da penhora e da qualificação do residente: solteiro, separado, viúvo, pais, filhos, locador, locatário e, por que não, fiador.

2 AS GARANTIAS DO MERCADO LOCATÍCIO

2.1 Modalidades de garantia

2.1.1 Caução

A celebração de qualquer contrato pressupõe o seu cumprimento por ambas as partes. Verifica-se ao longo da história a preocupação da sociedade com o cumprimento das obrigações estabelecidas, tendo em vista que nos primórdios o devedor poderia responder por suas obrigações com a privação de sua liberdade e até mesmo com a própria vida⁴⁷ - sistema da responsabilidade pessoal.

A responsabilidade pessoal do devedor durou até 428 a.C., pois com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria* se introduziu no direito romano a execução patrimonial, passando o devedor a responder com seus bens por suas obrigações⁴⁸, como bem explicita Luiz Edson Fachin:⁴⁹ “Esta alteração deslocou a garantia à satisfação do credor da esfera da pessoa do devedor, ou de familiar seu, para o patrimônio do devedor”. Tendo o direito brasileiro sua base no direito romano-germânico, a evolução desses institutos influenciou diretamente o pensamento jurídico interno.

⁴⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a lei n. 11.101/2005. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**: à luz do novo código civil brasileiro e da constituição federal. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 73.

Desta forma, para que toda obrigação seja cumprida, é necessário que algumas cautelas sejam tomadas, como, por exemplo, que se exija caução, ou seja, que se exija qualquer modalidade de garantia⁵⁰.

A Lei do Inquilinato em seu art. 37 apresenta o rol de garantias que podem ser exigidas pelo locador. Tais garantias são apresentadas de forma taxativa, são *numerus clausus*, não há possibilidade de se exigir qualquer tipo de garantia que não esteja arrolada no art. 37 da lei mencionada. Da mesma forma, a lei proíbe a cumulação de garantias.⁵¹

Derivada do latim *cautio*, a caução é uma ação de precaução, é a garantia prestada por uma pessoa a outrem com o intuito de resguardar o cumprimento da obrigação estabelecida.⁵²

A caução pode ser real ou fidejussória.⁵³ Na caução real estão compreendidos o penhor (bens móveis), a hipoteca (bens imóveis) e a anticrese.⁵⁴ Nessas modalidades de garantias, o credor, em virtude da inexecução da obrigação, vende o bem do devedor dado em garantia e satisfaz o seu crédito.

Já na caução fidejussória estão compreendidas o aval e a fiança.⁵⁵ O aval se distingue da fiança por se tratar de garantia a títulos de crédito, por não depender da existência de um contrato e pela responsabilidade do garantidor ser solidária.⁵⁶

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos em espécie**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 427.

⁵¹ COELHO, José Fernando Lutz. **Locação**: questões atuais e polêmicas. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p. 159.

⁵² PEDROTTI, Irineu Antonio; William Antonio. **Comentários à lei de locação**: lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. São Paulo: Método, 2005. p. 211.

⁵³ VENOSA, op. cit., p. 428.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ ROQUE, José Sebastião. **Direito contratual civil-mercantil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2003. p. 356.

⁵⁶ VENOSA, op. cit., p. 428.

Entretanto, cumpre esclarecer que a caução abrangida pela Lei do Inquilinato é a caução real, conforme reza o art. 38 da referida Lei.⁵⁷ Recaindo a caução sobre bens móveis, esta deve ser registrada em cartório de títulos e documentos, caso recaia em bens imóveis deve ser averbada na respectiva matrícula. Nas palavras de Sílvio Venosa⁵⁸: “Note-se que como obrigação essas garantias operam entre as partes contratantes. A eficácia *erga omnes* é que depende do registro devido”.

A Lei do Inquilinato também permite que a caução seja em dinheiro. Nesta modalidade, o depósito não pode exceder o valor referente a três aluguéis do imóvel locado, entretanto, caso o valor do aluguel seja reajustado, pode o locador exigir o complemento da caução. O depósito garante os aluguéis, os encargos e qualquer outra responsabilidade do locatário.⁵⁹

Como última modalidade, a Lei do Inquilinato permite que a caução seja em títulos e ações como, por exemplo, letras de câmbio, títulos da dívida pública, ações de sociedades anônimas, certificados de depósitos bancários. Caso essa garantia fique prejudicada poderá o locador exigir nova garantia, que também, não precisa ser em valores mobiliários.⁶⁰

Em relação à caução, a doutrina de Pery Moreira⁶¹ apresenta a seguinte observação: “Na hipótese, se o inquilino não dispuser de bens para responder pela dívida que

⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada**: doutrina e prática. 10. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 166.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 170.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 171-172.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 173.

⁶¹ MOREIRA, Pery. **Lei do inquilinato comentada**: atualizada e conforme o novo código civil. São Paulo: Memória jurídica, 2003. p. 65-66.

exceder o valor da caução, o locador fatalmente terá prejuízo, uma vez que não conseguirá cobrar na justiça o débito remanescente do locatário”.

2.1.2 Seguro de fiança locatícia

O seguro de fiança locatícia é um contrato de seguro, regulamentado pelo Código Civil, conforme o qual o segurador se obriga a garantir o segurado mediante o pagamento do prêmio⁶². A regulamentação do seguro fiança foi estabelecida pela Superintendência de Seguros Privados por meio da Circular nº 1, de 14 de janeiro de 1992⁶³.

A instituição do seguro fiança não agradou imediatamente os locadores e locatários, sobretudo no que diz respeito à abrangência do seguro⁶⁴, contudo a atual Lei do Inquilinato ⁶⁵ é clara no sentido de que o seguro de fiança locatícia abrange a totalidade das obrigações do locatário.

2.1.3 Cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento

A cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento trata-se de modalidade de garantia inserida na Lei do Inquilinato por meio da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.⁶⁶ Nessa modalidade as garantias são as aplicações financeiras.

Para Sílvio Venosa, a inserção desta nova modalidade de garantia colocou o contrato de locação em segmento importante do mercado financeiro⁶⁷.

⁶² BRASIL. Código civil. **Vade mecum compacto**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática**. 10. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 167.

⁶⁴ Ibidem, p. 182.

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 8.245/91 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 07 maio 2009.

⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009.

⁶⁷ VENOSA, op. cit., p. 168.

2.1.4 Fiança

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 818⁶⁸, assim dispõe: “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

A fiança deriva da palavra fides que significa fé, ou seja, essa garantia está diretamente ligada à pessoa do fiador, trata-se portanto de garantia pessoal. Nas palavras de Sebastião Roque⁶⁹: “Para garantir os direitos do credor, deverá ser pessoa inspiradora de confiança do credor, pessoa idônea moral e financeiramente”.

Dessa forma, entende-se por fiança o instituto jurídico que permite ao credor acionar o fiador em virtude do inadimplemento da dívida pelo devedor principal.

2.1.4.1 Características do contrato de fiança

Conforme mencionado, a fiança é uma garantia pessoal, é um contrato *intuitu personae*, visto que está diretamente ligado à pessoa do fiador, à sua idoneidade financeira.⁷⁰

O Código Civil, em seu art. 819, é claro quanto à formalidade do contrato de fiança, trata-se de um contrato solene que exige forma específica, devendo ser por escrito. Sendo essa a única exigência trazida pela lei civil em relação ao contrato de fiança, respeitada tal formalidade, a fiança pode ser materializada por instrumento público ou particular.⁷¹

⁶⁸ BRASIL. Código civil. **Vade mecum compacto**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁹ ROQUE, José Sebastião. **Direito contratual civil-mercantil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2003. p. 355.

⁷⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 515.

⁷¹ ROQUE, op. cit., p. 354.

É um contrato consensual, pois o acordo se estabelece mediante as vontades do locador e do fiador⁷², é também unilateral, uma vez que somente um pólo da relação contratual - o fiador -, assume responsabilidade, obrigação perante o outro - o credor, locador.⁷³

Outra característica importante do contrato de fiança é a sua beneficência, isso quer dizer que o contrato estipulado favorece tanto o afiançado como o credor.⁷⁴ Da mesma forma, trata-se de um contrato gratuito em que a fiança está diretamente ligada há relações de amizade ou parentesco entre fiador e afiançado, o fiador não obtém vantagem alguma.⁷⁵

A obrigação do fiador é o de adimplir a dívida do devedor principal, caso este seja impontual. Essa obrigação é acessória, pois para que exista a fiança é necessário que haja uma obrigação principal⁷⁶, o contrato de locação, pelo qual o locatário se obriga a pagar o valor pactuado, uma vez que o contrato apresenta a mesma extensão da obrigação principal.⁷⁷

Daí se verifica uma outra característica do contrato de fiança que é a subsidiariedade, pela qual se entende que o fiador somente será executado depois de frustradas as tentativas de adimplir a dívida com o patrimônio do devedor principal.⁷⁸

⁷² NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 513.

⁷³ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 396.

⁷⁴ NADER, op. cit., p. 514.

⁷⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 537.

⁷⁶ SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 2, p. 50-56, abr./ jun. 2000.

⁷⁷ GOMES, op. cit., p. 537.

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos em espécie**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 430.

Analisadas as características do contrato de fiança é imperioso ressaltar que, apesar de ser um contrato consensual, o fator emocional pode influenciar a manifestação de vontade do fiador tendo em vista que, como o contrato de fiança prescinde de confiança em relação à pessoa do fiador, é certo que tais relações são comumente estabelecidas entre amigos e parentes. Estes, por sua vez, dificilmente negam o apelo, haja vista a necessidade impostergável de moradia do locatário⁷⁹.

Além do fator emocional, existe a prática usual do fiador assumir tal posição em virtude de um contrato de adesão ou até mesmo nas cláusulas do próprio contrato de locação. Nestas condições as possibilidades de discutir as cláusulas contratuais são remotas e, por muitas vezes, retiram facilidades atinentes ao fiador⁸⁰.

Tal situação torna-se preocupante quando o fiador não tem consciência sobre a extensão da garantia oferecida no que diz respeito ao seu patrimônio, ou seja, na possibilidade do seu bem de família responder pelo adimplemento da dívida. Neste sentido, o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil é claro: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

Apesar da sugestão apresentada por Gencéia Alberton⁸¹ não resolver o problema exposto, é certo que:

para que os interesses sociais e individuais sejam preservados não vemos dificuldade que haja cláusula expressa contratual sobre eventual vontade do fiador em oferecer o imóvel como garantia locatícia, manifestando, pois, de forma expressa a disponibilidade acerca desse bem.

⁷⁹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 37.

⁸⁰ Ibidem, p. 36.

⁸¹ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 105-133.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, Cláudia Honório⁸² também se manifesta para que haja expressa menção no contrato de fiança quanto à possibilidade da oferta do patrimônio familiar do fiador responder pelas obrigações contraídas pelo locatário, tendo em vista, conforme já mencionado, a posição do fiador como aderente às cláusulas contratuais.

2.1.4.2 Efeitos da fiança

2.1.4.2.1 *Relação entre credor e fiador*

O Código Civil Brasileiro, no art. 827, assim dispõe: “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”.

O artigo transcrito acima trata sobre o benefício de ordem. De todos os efeitos decorrentes do contrato de fiança, é este artigo que traz o principal meio de defesa ao fiador.⁸³

Pela alegação do benefício de ordem, o fiador tem o direito de reclamar, primeiramente, nomeando bens livres e desembargados do devedor situados no mesmo município⁸⁴, a execução dos bens do devedor, conforme expõe o art. 595⁸⁵ do CPC. Assim,

⁸² HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 104, v. 396, p. 25-59, mar./ abr. 2008.

⁸³ ROQUE, José Sebastião. **Direito contratual civil-mercantil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2003. p. 356.

⁸⁴ BRASIL. Código civil. **Vade mecum compacto**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Art. 827. Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito).

⁸⁵ Ibidem. (Art. 595. O fiador, quando executado, poderá nomear bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor).

a execução só prossegue contra a pessoa do fiador caso tenha sido ineficaz a execução movida contra o devedor principal.⁸⁶

A mencionada prerrogativa é afastada nas seguintes hipóteses: quando o fiador renunciou expressamente a benéfica - quando se obrigou como principal devedor, ou devedor solidário, ou no caso de insolvência ou falência -, ou quando renunciou tacitamente - pela inércia do fiador que não opôs à exceção.⁸⁷

No caso de fiança conjunta, mas não solidária, há possibilidade de se estabelecer contratualmente o benefício de divisão, no qual cada fiador responderá somente pelo quinhão que lhe pertence.⁸⁸

Conforme explanação anterior, a maioria dos contratos de fiança restringem as condições favoráveis ao fiador, como é o caso do benefício de ordem⁸⁹, uma vez que, sem dúvida, para o mercado imobiliário é mais vantajoso ter o fiador na condição de solidário, pois, assim, aumentam as chances do credor receber o pagamento em menor prazo.

2.1.4.2.1 Relação entre o afiançado e o fiador

Dentre os efeitos do contrato de fiança no que tange o afiançado e o fiador está o benefício de sub-rogação.⁹⁰ Sílvio Venosa entende o instituto como: “sub-rogação

⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 403.

⁸⁷ GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 540.

⁸⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 518.

⁸⁹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 36.

⁹⁰ BRASIL. Código de processo civil. **Vade mecum compacto.** São Paulo: Saraiva, 2009. Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.

significa substituição de uma coisa por outra, ou de uma pessoa por outra, cuja hipótese aplica-se à fiança”.⁹¹

Uma vez efetuado o pagamento integral da obrigação principal pelo fiador, extingue-se a relação existente entre o devedor e o credor, entretanto, instaura-se uma outra relação jurídica: entre o fiador e o devedor.⁹²

O fiador assume a posição de credor e com isso pode exigir o valor que foi pago em face dos demais fiadores, caso houver, e do afiançado.⁹³ Por meio da sub-rogação, o atual credor passa a ter os mesmos direitos, privilégios e garantias do credor original.

Em respeito ao instituto da sub-rogação, o art. 838 do CPC permite a extinção da fiança caso o fiador não possa ter os mesmos direitos e privilégios do credor, desobrigando, assim, o fiador da garantia prestada.

Entretanto, no tocante à possibilidade de incidência da penhora no bem de família do fiador, entende o Superior Tribunal de Justiça⁹⁴, que no caso do fiador adimplir, com seu imóvel residencial, a dívida, não cabe ao fiador exigir o bem de família do afiançado, pois o bem de família deste é inatingível e o credor, certamente, em momento algum teve a

⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos em espécie**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 439.

⁹² NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 519.

⁹³ ROQUE, José Sebastião. **Direito contratual civil-mercantil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2003. p. 357.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 1.081.963 São Paulo. AÇÃO REGRESSIVA. FIADOR SUB-ROGADO NOS DIREITOS DO CREDOR DA LOCAÇÃO. PENHORA SOBRE IMÓVEL DE MORADIA DO LOCATÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A teor do artigo 1º da Lei n. 8.009/90, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável. Excetua-se a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza-se a constrição de imóvel pertencente a fiador. 2. Sub-roga-se o fiador nos direitos do locador tanto nos privilégios e garantias do contrato primitivo quanto nas limitações (art. 346 e 831, CC; art. 3º, VII, Lei n. 8.009/90). 3. A transferência dos direitos inerentes ao locador em razão da sub-rogação não altera prerrogativa inexistente para o credor originário. O locatário não pode sofrer constrição em imóvel que reside, seja em ação de cobrança de débitos locativos, seja em regressiva. 4. Recurso especial não provido. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 18 jun. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801781122&dt_publicacao=03/08/2009>. Acesso em: 24 mar. 2010.

possibilidade de exigir o bem de família do devedor principal. Portanto, o fiador ao sub-rogar nos direitos do credor, não contará com a possibilidade de exigir o mesmo que lhe foi exigido: o bem de família.

Tal impedimento não advém do credor, como menciona o art. 838 do CPC, mas da própria Lei nº 8.009/90 que somente excepciona o bem de família do fiador. A situação que se verifica é a de que o patrimônio disponibilizado pelo fiador para o pagamento da dívida não é o mesmo patrimônio que o fiador terá acesso, ou seja, a garantia que oferece é maior do que àquela que pode exigir quando exerce seu direito de regresso.

À luz dessa situação, a doutrina de Pablo Gagliano⁹⁵ assim se posiciona: “partindo-se da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica - o contrato de locação -, não é justo que o garantidor responda com o seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário”.

Acompanhando esse mesmo posicionamento, Genacéia Alberton também entende que a exceção da impenhorabilidade do bem de família do fiador afronta o princípio da isonomia.⁹⁶ O princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição Federal, garante o tratamento paritário material e processual, bem como busca o equilíbrio.⁹⁷

Contudo, a penhora do bem de família do fiador é uma questão polêmica, sendo assim, também há quem defenda que a exceção prevista na Lei nº 8.009/90 não afronta

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 310.

⁹⁶ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 105-133.

⁹⁷ RUAS, Aline Lopes. A penhorabilidade do bem de família do fiador à luz dos direitos e garantias fundamentais. **Unesc em Revista**, Colatina, v. 8, n. 19, p.12-30, jan./jun. 2006.

o princípio da isonomia, uma vez que locatário e fiador apresentam obrigações distintas, aquele responde pelo contrato de locação enquanto este pelo contrato de fiança. Assim, os adeptos à penhora do bem de família do fiador entendem que por se tratar de contratos diferentes, não há como exigir um tratamento isonômico.⁹⁸

De acordo com o Ministro Celso de Mello⁹⁹ há um paradoxo inaceitável entre a penhora do bem de família do locatário e a do fiador. Nas palavras de Aline Ruas¹⁰⁰:

Por mais que se esforce, não há lógica nesta discriminação. Pôr a salvo de execução os bens do locatário, impedindo que sobre eles recaia a penhora em detrimento do fiador que se vê totalmente descoberto e desamparado, é apelar para o desrespeito e deixar claro que garantias constitucionais serão respeitadas se assim o aplicador o quiser.

Não se pode olvidar que a responsabilidade do fiador é essencialmente subsidiária, e que o contrato de fiança é acessório. A fiança só existe porque há um contrato principal, o de locação, sendo assim, aplica-se ao caso o brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, quer dizer, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito¹⁰¹.

Desta forma, não poderia o legislador fazer distinção entre o bem de família do locatário e do fiador, pois o contrato de fiança não pode ser mais oneroso que o contrato principal. Por mais que não se esteja cobrando além do devido, a forma como o adimplemento

⁹⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-56.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 407.688-8 São Paulo. Tribunal Pleno. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 08 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

¹⁰⁰ RUAS, Aline Lopes. A penhorabilidade do bem de família do fiador à luz dos direitos e garantias fundamentais. **Unesc em Revista**, Colatina, v. 8, n. 19, p.12-30, jan./jun. 2006.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 407.688-8 São Paulo. Tribunal Pleno. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 08 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

da obrigação é efetuada, penhorando o bem de família do fiador e protegendo o do locatário, coloca o fiador em situação claramente desvantajosa.

2.1.4.3 Extinção, extensão e exoneração da fiança

A primeira forma de extinção do contrato de fiança se dá pelo cumprimento da obrigação principal.¹⁰² A doutrina de Orlando Gomes apresenta dois modos de extinção da fiança: “por via de consequência” ou diretamente. A primeira ocorre com o pagamento da obrigação de acordo com a forma estipulada ou pela dação em pagamento, novação ou remissão, já a segunda é aquela que atinge a fiança.¹⁰³

Outra forma de extinção da fiança está relacionada com a dação em pagamento. Caso o credor aceite objeto diverso do qual o fiador era responsável, não há como o credor exigir do fiador o cumprimento da obrigação, ainda que venha a perder por evicção o objeto dado como pagamento.¹⁰⁴

Na hipótese do fiador alegar o benefício de ordem indicando bens livres do devedor à penhora, o garante se desobrigará caso o devedor retarde a execução e caia em insolvência.¹⁰⁵

Se o adimplemento da dívida recair para o fiador, cabe a este opor ao credor tanto as exceções que lhe forem pessoais (arts. 204, §3º; 366; 371; 376; 824 e 844, §1º do

¹⁰² NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 521.

¹⁰³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 542.

¹⁰⁴ ROQUE, José Sebastião. **Direito contratual civil-mercantil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2003. p. 359.

¹⁰⁵ GOMES, op. cit., p. 542.

CC/02) como as extintivas de obrigação face ao devedor principal (prescrição, nulidade da obrigação)¹⁰⁶, ressalvada a exceção prevista no art. 837 do CPC.

A nova Lei do Inquilinato não mais deixa dúvidas quanto à extensão da garantia oferecida, o art. 39 impõe que mesmo havendo prorrogação da locação, ainda que por prazo indeterminado, qualquer das garantias se estende até a efetiva entrega das chaves. Tal prorrogação ocorre após o decurso de trinta dias sem que haja manifestação do locador ou devolução do imóvel pelo locatário.¹⁰⁷

No entanto, a mencionada Lei, modificando entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, permite, agora, que o fiador possa se exonerar da fiança ao término do contrato, independentemente de haver prorrogação do contrato. Caso o garante decida pedir exoneração, deverá notificar o locador, permanecendo responsável por cento e vinte dias após a notificação, nos termos do art. 40, X e parágrafo único da Lei do Inquilinato.¹⁰⁸

Essa alteração está em consonância com o art. 819 do Código Civil, uma vez que a fiança não admite interpretação extensiva, e também com a função social do contrato à luz da boa-fé objetiva a qual implica o equilíbrio das prestações jurídicas nas relações.¹⁰⁹

¹⁰⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 409.

¹⁰⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Comentários às alterações da lei do inquilinato: lei 12.112, de 09.12.2009.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 43.

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009.

¹⁰⁹ SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 51.

O fiador também pode exonerar-se quando o credor conceder moratória ao devedor sem a anuência do fiador, ou seja, estende-se o prazo para o adimplemento da obrigação¹¹⁰, e também quando o credor impossibilitar a sub-rogação do fiador nos seus direitos e preferências, como bem expõe Paulo Nader: “a regra se justifica, pois o patrimônio do devedor é também uma garantia para o fiador”.¹¹¹

2.1.4.4 Da execução do contrato de fiança

A execução por quantia certa é o meio pelo qual o sistema processual civil brasileiro prevê a possibilidade de realizar o cumprimento forçado de obrigação que deva ser paga em dinheiro.¹¹²

Entende-se por execução forçada “a atividade jurisdicional que tem por fim a satisfação concreta de um direito de crédito, através da invasão do patrimônio do executado”.¹¹³

O Código de Processo Civil (CPC) apresenta 3 (três) modalidades de execução, conforme a natureza da prestação devida, quais sejam: a execução para a entrega de coisa - certa ou incerta; a execução das obrigações de fazer e não fazer; e a execução por quantia certa contra devedor solvente ou insolvente.¹¹⁴

Independentemente da espécie de execução, a Lei é clara no que diz respeito à responsabilidade patrimonial do devedor: “Art. 591. O devedor responde, para o

¹¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 396.

¹¹¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 522.

¹¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 256.

¹¹³ Ibidem, p. 142.

¹¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 223.

cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em Lei”.

Para que se possa realizar o procedimento de execução é necessário que haja o inadimplemento da obrigação, conforme dispõe o art. 580¹¹⁵ do Código de Processo Civil - CPC, bem como que o credor traga aos autos título executivo - judicial ou extrajudicial - que comprove o seu direito de crédito, nos termos do art. 586 do CPC.

E, no caso de execução contra devedor solvente, exige-se, também, como se pode perceber pela própria nomenclatura do tipo de execução, a situação de solvabilidade do devedor, isto quer dizer, nas palavras de Moacyr Amaral Santos¹¹⁶: “será solvente o devedor quando o seu patrimônio abrange bens suficientes para pagamento de suas dívidas”.

O procedimento de execução por quantia certa contra devedor solvente ocorre em três fases: postulatória - ajuizamento da demanda e citação do devedor; instrutória - apreensão dos bens do devedor; e satisfativa - pagamento do valor devido ao exequente (credor).¹¹⁷

¹¹⁵ BRASIL. Código de processo civil. **Vade mecum compacto**. São Paulo: Saraiva, 2009. Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.

¹¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 273.

¹¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 257.

2.1.4.4.1 Conceito de penhora

A penhora é o primeiro ato do processo de execução por quantia certa¹¹⁸, que consiste em individualizar bens do devedor os quais serão, posteriormente, expropriados judicialmente¹¹⁹ com o intuito de satisfazer o direito do credor.

“Sem que se efetive a penhora, não prossegue a execução”.¹²⁰

O processo de execução exige, conforme já exposto, que o credor traga aos autos um título executivo que comprove a dívida. Entretanto, esse título deve ser certo, exigível e líquido¹²¹, sendo o último requisito imprescindível quando se tratar de penhora.

Para que se possa individualizar os bens do devedor que responderão pela obrigação não adimplida é necessário que se tenha conhecimento do valor devido, o qual é a liquidez do título, a quantia certa que se deve pagar ao credor.

Moacyr Amaral Santos¹²² explica, com muita propriedade, o instituto:

Os bens do devedor respondem por suas dívidas. Sobre eles recai a responsabilidade executória. Pela penhora se separam do patrimônio do devedor, e se apreendem, bens quantos bastem para assegurar a execução.

Portanto, a penhora é um ato executivo no qual o devedor solvente é compelido, após a citação, a pagar ou nomear bens à penhora no prazo de 3 (três) dias, de acordo com as disposições do art. 652, *caput* e §2º do CPC.

¹¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 288.

¹¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 265.

¹²⁰ SANTOS, op. cit., p. 288.

¹²¹ *Ibidem*, p. 271-272.

¹²² *Ibidem*.

2.1.4.4.2 Natureza jurídica da penhora

A doutrina apresenta três correntes no que diz respeito à natureza jurídica da penhora, podendo ser considerada como medida cautelar, ato executivo ou, ao mesmo tempo, medida cautelar e ato executivo, sendo essa última conhecida como natureza jurídica dúplice da penhora.

Prevalece o entendimento de que a penhora é um ato executivo, não podendo aceitar a tese da natureza de medida cautelar ou a tese da natureza dúplice da penhora, pois, de acordo com Humberto Theodoro Júnior, “sendo a prevenção mero efeito secundário do ato, o que importa para definir sua natureza ou essência é o seu objeto último, que, sem dúvida, é o de iniciar o processo expropriatório”.¹²³

Desta forma, afastam-se as classificações da natureza de medida cautelar e da natureza dúplice da penhora, pois mesmo que a penhora resguarde os bens apreendidos, o seu intuito centra-se na expropriação desses bens, sendo, portanto, um ato executivo.

2.1.4.4.3 Finalidade e objeto da penhora

O art. 646 do CPC estabelece: “A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)”.

De acordo com a lei processual, verifica-se que a finalidade da penhora reside no interesse do credor, ou seja, na satisfação de seu crédito, no recebimento do que lhe

¹²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 265.

é devido. Sendo, portanto, a expropriação e seus atos subsequentes apenas um meio para que se alcance o verdadeiro fim.¹²⁴

A expropriação, assim, é o objeto da penhora, o qual visa individualizar e apreender os bens, bem como conservá-los na situação em que se encontram, para que não sofram deteriorações e nem mesmo sejam subtraídos ou alienados¹²⁵, evitando, assim, a fraude à execução.

2.1.4.4 Bens penhoráveis e bens impenhoráveis

Conforme se depara da leitura do art. 591 do CPC “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Tais restrições encontram-se expressas no art. 648 do CPC: “não estão sujeitos a execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”.

Com o intuito de proteger alguns bens da penhora, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu no art. 649 do Código de Processo Civil um rol de bens que são absolutamente impenhoráveis e que, portanto, não estão sujeitos a execução, dentre eles, o bem de família voluntário.

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guardam a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns a um médio padrão de vida [...]

¹²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 257.

¹²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 288.

Entretanto, no que diz respeito à penhora do bem de família legal, tal permissão encontra-se prevista, como já mencionado, na Lei nº 8.009/90, e de acordo com a doutrina de Sílvio Venosa: “[...] Entendeu o legislador que, caso não permitisse essa exceção, restringiria as possibilidades de fiança em locação, uma vez que os fiadores deveriam apresentar patrimônio suficiente, excluindo o imóvel da residência. [...]”¹²⁶

Ocorre que o intuito da Lei ao proteger bens da penhora é o de não deixar a pessoa sem condições mínimas e necessárias para a sua subsistência, sendo assim, não se deveria abrir mão da impenhorabilidade do bem de família do fiador para fomentar o mercado de locações.

Portanto, deveria haver uma presunção em favor da indisponibilidade e da impenhorabilidade do único bem imóvel do fiador, o qual é destinado a moradia.¹²⁷

¹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática**. 10. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 364.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

3 O FIADOR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos previstos na Constituição Federal, art. 1º, inc. III, pode ser utilizado como argumento apto à imposição de limites à restrição dos direitos fundamentais, ou seja, serve para impedir que haja abuso e até mesmo uma supressão dos direitos fundamentais.¹²⁸

O fato de a moradia constituir um existencial humano revela uma ligação com a dignidade da pessoa humana, assim como menciona Ingo Sarlet¹²⁹:

a moradia constitui um existencial humano, sendo, pelo menos naquilo em que revela uma conexão com a dignidade da pessoa humana, um direito de personalidade, não se pode deixar de reconhecer também a existência de um dever de proteção da pessoa contra si mesma, pelo menos no âmbito em que prevalece a indisponibilidade do direito, o que ocorre justamente no plano da sua dimensão existencial.

A possibilidade de o fiador dispor seu único bem imóvel, que lhe serve de moradia, enquadra-se perfeitamente no dever de proteção da pessoa contra si mesma para que seja preservado o mínimo necessário para a sua subsistência, como bem mencionou o ministro Eros Grau no seu voto: “a impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidade materiais, de sorte a prover à sua subsistência”.¹³⁰

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 118.

¹²⁹ Idem. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 407.688-8 São Paulo. Tribunal Pleno. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 08 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

É certo que a autonomia da vontade é um dos princípios basilares do Direito Civil, e que o fiador, como qualquer outra pessoa, dispõe de livre liberdade contratual, entretanto, a autonomia privada apresenta restrições, especialmente quando se trata de renúncia a direitos fundamentais¹³¹, como é o caso do direito à moradia. O Código Civil¹³² dispõe exatamente nesse sentido quando trata da doação.

Por mais que seja difícil discordar de que a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador possibilitou a celebração dos contratos de locação, permitindo, assim, um amplo acesso dos despojados de moradia própria e implicando até mesmo um incentivo ao direito à moradia, não se pode olhar somente para a dignidade do locatário, sendo certo que a moradia é essencial a todos. Nesse sentido, Ingo Sarlet¹³³ se manifesta:

A dignidade da pessoa humana, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais de um modo geral, não pode ser pura e simplesmente funcionalizada em prol do interesse público, mesmo que este seja compreendido como interesse socialmente relevante de uma comunidade de pessoas.

À luz da dignidade da pessoa humana, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela Súmula n° 364¹³⁴ possibilitou o amparo do bem de família do devedor solteiro, posto que a Lei n° 8.009/90 está dirigida à pessoa, sendo assim, o legislador também deve amparar o bem de família do fiador “tornando-se inaplicável o art. 82 da Lei 8.245 com base na

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

¹³² BRASIL. **Código civil**. Vade mecum compacto. São Paulo: Saraiva, 2009. Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

¹³³ SARLET, op. cit.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 364**. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=364&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

manutenção da moradia do garante em atenção à preservação da dignidade da pessoa humana do fiador”.¹³⁵

3.2 Do direito à moradia

3.2.1 Inserção, conceito e conteúdo do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948) foi a propulsora para o reconhecimento expresso do direito fundamental à moradia no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, verificou-se que o direito à moradia continuou a ser reconhecido expressamente em diversos tratados e documentos internacionais, tais como: Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais - 1966; Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - 1976; e Declaração de Istambul - 1996.¹³⁶

A doutrina de Eliane Aina apresenta um rol de países em que a moradia está constitucionalmente prevista, são eles: Argentina - art. 14, parte final; Bélgica - art. 23; Colômbia - art. 51; Equador - arts. 19, 30 e 50; Espanha - art. 47; Guiné Equatorial - art. 20; Finlândia - art. 15; Haiti - art. 22; Honduras - arts. 178, 179 e 181; Irã - arts. 31 e 43; México - art. 4; Peru - arts. 10 e 18; Portugal - art. 65; Rússia - art. 40, São Tomé e Príncipe - art. 48 e Suécia.¹³⁷

¹³⁵ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 105-133.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

¹³⁷ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 89-91.

Na Constituição pátria, entretanto, o direito à moradia somente foi reconhecido expressamente como direito social com a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, sendo, então, acrescido ao rol dos direitos sociais do art 6º da Constituição Federal. Ressalta-se, contudo, que antes da Emenda Constitucional nº 26 já havia menção à moradia na Constituição Federal, como, por exemplo: art. 24, IX; art. 7º, IV; arts. 183 e 191 que tratam respectivamente do usucapião urbano e rural, os quais condicionam como um dos requisitos de declaração de domínio a utilização do imóvel para a moradia, bem como os arts. 5º, XXIII; 170, III e 182, §2º que abordam a vinculação social da propriedade.¹³⁸

Ingo Sarlet¹³⁹ apresenta também uma outra possibilidade de verificar a presença do direito fundamental à moradia na Constituição Federal:

Além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade e do assim chamado mínimo existencial.

O direito à moradia é um direito social, ou seja, é um direito em que se espera prestações positivas do Estado com o intuito de diminuir as desigualdades sociais, proporcionando uma melhor condição de vida aos desfavorecidos.¹⁴⁰

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 285.

Nas palavras de José Afonso Silva,¹⁴¹ o direito à moradia significa: “ocupar um lugar como residência”, o doutrinador ressalta também que tal direito não está ligado necessariamente ao direito à casa própria, apesar desta ser um meio de efetivação do direito à moradia, uma vez que com ela se alcança o abrigo permanente da família.

A Constituição Federal, apesar de se referir de forma genérica ao direito à moradia, desvinculada de qualquer adjetivação, não possibilita, em virtude, também, dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que a moradia esteja aquém das exigências da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.¹⁴²

A moradia não se restringe apenas ao teto e às paredes, mas deve corresponder a um lugar confortável, salubre e que promova bem estar aos residentes.¹⁴³ Da mesma forma, deve-se preservar o direito à intimidade, à privacidade e ao asilo inviolável (art. 5, XI) por serem prerrogativas inerentes ao direito à moradia.¹⁴⁴

3.2.2 *A moradia como direito de defesa*

É certo que a moradia apresenta dupla dimensão, uma negativa e outra positiva. A primeira se refere a uma função de direito de defesa, ou seja, de proteção a esse direito, e a segunda, a uma função de prestação por parte do Estado no sentido de efetivar o direito à moradia.¹⁴⁵

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 313.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

¹⁴³ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 85.

¹⁴⁴ SILVA, op. cit.

¹⁴⁵ SARLET, op. cit.

Com interpretação voltada à dimensão positiva - direito prestacional - do direito à moradia, entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, que o Estado pode concretizar tal direito por várias modalidades, sendo uma delas a possibilidade de se oferecer o bem de família do fiador como garantia ao contrato de locação, nas palavras do Ministro Relator Cezar Peluso¹⁴⁶:

Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes dutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

Em relação a esse posicionamento do STF, Ingo Sarlet¹⁴⁷ assim se manifestou:

o que está em causa é se tanto o legislador (ao prever a possibilidade da penhora do imóvel do fiador) quanto o Supremo Tribunal Federal (ao decidir pela legitimidade constitucional da opção legislativa) desincumbiram-se do seu dever de tutela em relação ao direito à moradia e se o fiador que teve o imóvel penhorado possui um direito subjetivo (negativo) de impugnar com eficácia esta medida, por se tratar de uma ingerência constitucionalmente insustentável.

No âmbito do direito de defesa, qualquer violação ao direito à moradia pode ser impugnado judicialmente, posto que o Estado e os particulares devem respeitar e não afetar a moradia das pessoas. Os direitos sociais encontram-se protegidos de uma supressão ou restrição excessiva e injustificada.¹⁴⁸

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 407.688-8 São Paulo. Tribunal Pleno. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 08 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

¹⁴⁸ SARLET, op. cit.

A doutrina de Eliane Aina¹⁴⁹ assim esclarece:

o direito fundamental à moradia gera, no mínimo, direito subjetivo negativo, isto é, presta-se pelo menos para exigir do Estado que se abstenha de qualquer ato que contrarie essa proteção jusfundamental. O efeito de gerar direito negativo produz-se não somente em relação ao estado, bem como, em relação aos particulares, os quais também estão proibidos de lesionar direitos fundamentais de terceiros.

É certo que a moradia, como bem ressaltou o Ministro Relator Cezar Peluso, não se confunde com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de imóvel, da mesma forma, é certo que o exercício do direito à moradia não ocorre somente pelo fato de ser proprietário.¹⁵⁰

A situação que se expõe e que deve ser analisada é a de que a penhora recaiu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador, imóvel este destinado à moradia. Assim, como bem explicita Luiz Edson Fachin¹⁵¹ “a propriedade, quando conectada com as exigências de uma vida digna, acaba sendo merecedora de uma tutela na medida em que cumpre precisamente uma função existencial e não meramente patrimonial”.

A propriedade também é amparada pela Constituição Federal - art. 5º, XXII e XXIII¹⁵². O entendimento do STJ é de que a propriedade deve ser protegida em se tratando de único imóvel do devedor, protegendo-o da penhora mesmo que o imóvel esteja locado para terceiro, pois esse bem pode futuramente servir de moradia ao devedor, como também os

¹⁴⁹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 121-122.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 407.688-8 São Paulo. Tribunal Pleno. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 08 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

¹⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**: à luz do novo código civil brasileiro e da constituição federal. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade mecum compacto**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ganhos da locação podem complementar a renda familiar ou proporcionar outra morada ao devedor e sua família.¹⁵³

Proteger a propriedade contra uma penhora, ou qualquer outro tipo de constrição que tenha como consequência expropriar o imóvel residencial, também é uma forma de tutelar o direito à moradia, uma vez que se trata de propriedade destinada à moradia.¹⁵⁴

É sobre esse viés que se analisa a problemática da penhora do bem de família do fiador. A função existencial que se verifica na propriedade do fiador é a da moradia, não sendo razoável que se exija a busca de uma nova morada para o fiador, uma vez que ele já possui sua moradia, como esclarece José Afonso “quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo *morar*; do latim “morari”, que significava demorar, ficar”, e não há nada mais permanente e seguro do que morar em casa própria.

3.3 Do art. 3º da Lei nº 8.009/90

O art. 3º, VII da Lei 8.009/90 excluiu a proteção do bem de família do fiador possibilitando que seu imóvel residencial sirva de garantia ao contrato de locação.¹⁵⁵ O

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso Especial** nº 714515 São Paulo. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. PENHORA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. I. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar. II. Recurso especial conhecido e provido. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=impenhorabilidade+e+im%F3vel+e+loca%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

¹⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8009.htm>>. Acesso em: 07 maio 2009.

STF no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP declarou a constitucionalidade do mencionado inciso.

Conforme já mencionado, tal decisão foi influenciada pelo mercado imobiliário, posto que a Lei 8.009/90 não apresentava restrição quanto à impenhorabilidade do bem de família do fiador, com isso as imobiliárias deveriam procurar fiadores que possuíam imóvel além daquele destinado à moradia, trazendo, assim, dificuldades à locação e para grande parte da população que dependia da locação.¹⁵⁶

Tal decisão buscou proteger o direito à moradia dos locatários e preservar a segurança do locador ao ver seu crédito adimplido, colocando o fiador e a sua morada ao desamparo.¹⁵⁷

De acordo com Luhmann, o acoplamento estrutural possível entre o direito a economia deve respeitar e preservar a *autopoiesis* jurídica, deve levar à cabo sua própria função e não a da economia. E, somente analisando a Constituição, o contrato e a propriedade é que se pode verificar se o interesse é legítimo.¹⁵⁸

Após analisados tais institutos, verificou-se que a penhora do bem de família do fiador corrompe o sistema do direito, de acordo com Sílvio Venosa: “Mais recentemente esse dispositivo sofre críticas e existe tendência de ser derogado”.¹⁵⁹

¹⁵⁶ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia:** direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 14.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. Acoplamentos estruturales. In: **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México, 1999. Manuscrito, p. 351-407.

¹⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada:** doutrina e prática. 10. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 364.

Exemplo da mudança no entendimento jurisprudencial acerca da penhora do bem de família do fiador pode ser verificado com a recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pela qual, vencido o relator, os desembargadores entenderam que a exceção prevista no art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 fere o direito à moradia do fiador, bem como os princípios da isonomia e da razoabilidade.¹⁶⁰

Não se pode esquecer da interpretação teleológica e finalística do bem de família que desde a sua origem sempre teve como escopo proteger o abrigo familiar, e não proteger o devedor inadimplente.¹⁶¹

De acordo com Eliane Aina: “a penhora da moradia de uma família é que deve estar em consonância com a proteção jusfundamental à moradia e não o contrário cedendo diante da proteção pura e simples ao crédito”.¹⁶²

O fiador ao conceder garantia também possibilita que o contrato de locação seja firmado, assim, deve-se procurar meios que incentivem à fiança, preservando a esfera jurídica do fiador, estendendo também a ele a impenhorabilidade do bem de família, e não restringindo o seu direito à moradia.¹⁶³

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento** nº 1.0596.05.027486-6/001. EMENTA: FIANÇA - BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII DA LEI 8.009/90 - CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA -- IMPOSSIBILIDADE.- A Lei 8.009/90, ao dispor sobre bem de família, vedou a penhora do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e dos móveis que guarneçam a residência e não constituam adornos suntuosos, estabelecendo, todavia, algumas exceções em seu art. 3º.- No que se refere à exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 - penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação -, o que se observa é que tal disposição, além de afrontar o direito à moradia, garantido no art. 6º, caput, da CF/88, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, uma vez que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador. Belo Horizonte, 10 fev. 2009. Disponível em: < http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=596&ano=5&txt_processo=27486&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=fiador%20e%20im%F3vel%20e%20direito%20e%20moradia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=> >. Acesso em: 24 abr. 2010.

¹⁶¹ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família: voluntário e legal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 255.

¹⁶² AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 115.

¹⁶³ Ibidem, p. 117.

O argumento de que o sacrifício do bem de família do fiador foi em prol do direito à moradia dos locatários não deve prosperar, pois o fiador também apresenta a mesma necessidade de moradia, além disso o sacrifício foi muito mais em prol do direito de crédito do que da necessidade de moradia dos locatários.¹⁶⁴

A fiança não é a única modalidade de garantia, entretanto, é a mais usual. Com o intuito de preservar o patrimônio familiar do fiador e a segurança do locador que disponibiliza seu imóvel para a locação a doutrina apresenta possíveis soluções que podem ao mesmo tempo minorar os prejuízos suportados pelo fiador, bem como garantir ao locador seu crédito.

Para Ingo Sarlet¹⁶⁵, uma dessas soluções seria suspender a execução até que o fiador tenha sua moradia assegurada em outro local. Em relação a esse posicionamento, não há como concordar plenamente. Porque, apesar de apresentar uma preocupação maior com a futura moradia do fiador, não resolve o problema, tendo em vista que o bem de família do garante continua respondendo pela dívida do locatário. Portanto, somente posterga os efeitos da penhora.

Outra possível solução é apresentada por José Fernando Coelho¹⁶⁶, a cumulação de garantias, em especial a caução de bens móveis com a fiança locatícia. Em suas palavras:

¹⁶⁴ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia:** direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 125.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

¹⁶⁶ COELHO, José Fernando Lutz. **Locação:** questões atuais e polêmicas. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p. 163.

a possibilidade de cumularmos duas garantias no mesmo contrato locatício, onde a lei do inquilinato veda expressamente em seu art. 37, parágrafo único, a utilização de duas garantias no mesmo contrato, proporcionaria exatamente a diminuição de uma oneração do fiador, pois os bens móveis dados em caução, por exemplo, poderiam ser do próprio locatário, diminuindo os valores a serem exigidos do fiador, pois poderiam suportar o débito até o valor dos bens caucionados.

Já na doutrina de Eliane Aina¹⁶⁷ se encontra como melhor solução o seguro fiança, fazendo os ajustes necessários para que funcione de forma satisfatória a todos os envolvidos. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, João Hora Neto¹⁶⁸ apresenta seu posicionamento de que a revitalização do seguro fiança locatícia seria modalidade eficiente, usual, prática, justa e impessoal.

Exigir qualquer modalidade de garantia, bem como exigir garantia é uma faculdade do locador, contudo é certo que a presença de um garante aumenta as chances do locador receber seu crédito. Com o propósito de tentar proteger o locador e facilitar a locação, a nova Lei do Inquilinato permitiu que nas hipóteses em que o contrato de locação estiver desprovido de garantia, o locador poderá ajuizar ação de despejo, por falta de pagamentos de aluguéis e encargos, combinado com pedido de desocupação liminar do imóvel, no prazo de quinze dias.¹⁶⁹

Em relação a essa inovação trazida pela atual Lei do Inquilinato, Luiz Scavone se posiciona no sentido de que a liminar na ação de despejo é medida vantajosa pois poderá fomentar a oferta de imóveis para a locação, e conseqüentemente, diminuir os valores dos aluguéis. Entretanto, Gildo dos Santos discorda e assim expressa: “a essas liminares se

¹⁶⁷ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia:** direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 126.

¹⁶⁸ HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 6, n. 29, p. 173-200, jan./mar. 2007.

¹⁶⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Comentários às alterações da lei do inquilinato:** lei 12.112, de 09.12.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 81.

impõe imediata alteração legislativa, para que se respeitem os princípios da finalidade social da lei e da dignidade da pessoa humana, atributo da Carta Magna”.¹⁷⁰

Contudo, por mais que haja possíveis soluções para o problema do bem de família do fiador, a decisão do STF, no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, ao permitir a expropriação do imóvel residencial do garante para adimplir dívida oriunda do contrato de locação, gerou enormes irritações no sistema do direito, sobretudo na Constituição Federal, no contrato, na propriedade e no instituto bem de família.

Por todo o exposto, conclui-se que permitir a expropriação do imóvel residencial do garante não é a melhor solução, deve-se buscar saídas que atendam às necessidades do mercado imobiliário preservando o direito e suas instituições, principalmente no tocante à esfera jurídica do fiador, cuja propriedade residencial não deve ser exculida do amparo oferecido pelo bem de família.

¹⁷⁰ TAVARES, Juliana. Flexibilização da lei do inquilinato. **RT Informa**: São Paulo, a. XI, n. 59, p. 4-5, set. 2009/ jan. 2010.

CONCLUSÃO

O estudo exposto teve como escopo analisar a possibilidade do bem de família do fiador ser oferecido como garantia ao contrato de locação à luz da Constituição Federal, do contrato de fiança e da propriedade amparada pelo direito à moradia.

O ordenamento jurídico brasileiro instituiu o bem de família com o intuito de preservar a moradia em face das adversidades econômicas, principalmente porque no período de sua inserção a sociedade brasileira vivia uma situação de desequilíbrio econômico provocado pela diminuição do poder de compra decorrente da inflação instável.

O mercado econômico influenciou positivamente o processo de elaboração da norma de preservação do bem de família, porém, após a edição da Lei nº 8.009/90 que garante a sua impenhorabilidade, o mercado também contribuiu para o desamparo do bem de família do fiador, ao pressionar o Judiciário para excluir tal proteção quando se tratar de fiança concedida em contrato de locação, tendo em vista a dificuldade de encontrar garantes proprietários de imóvel além daquele destinado à moradia.

Não há como impedir que os interesses econômicos ou políticos busquem amparo no sistema do direito, entretanto, este apresenta sua própria estrutura que deve ser levada em conta quando se quer tutelar interesses provenientes de outros sistemas.

Nesse sentido, podemos afirmar, sob o olhar de Niklas Luhmann, que para um interesse ser legalmente protegido, ou seja, estar acoplado ao direito, deve-se analisar a Constituição, o contrato e a propriedade, pois é por meio dessas instituições que os interesses dos sistemas conseguem manifestar suas vontades dentro dos líames jurídicos.

No caso do bem de família do fiador, ao analisar o contrato de fiança se verifica que o mercado retira praticamente todas as benéficas do garante. O contrato de fiança que tem como característica principal ser consensual não se aperfeiçoa mediante as vontades do locador e do fiador, o contrato, em si, se apresenta para o fiador aderir ou não.

A situação se torna mais grave quando o fiador exerce seu direito de regresso em face do devedor principal, posto que o bem de família do locador está amparado pela impenhorabilidade, sendo assim, o fiador não poderá ter acesso ao mesmo patrimônio e ao mesmo privilégio que obteve o credor originário.

De tal forma, a fiança, contrato acessório, acaba sendo mais onerosa do que o contrato de locação - contrato principal -, não no sentido de que lhe seja cobrado além do devido, mas sim, na forma como a dívida é adimplida, por meio da penhora do bem de família do garante.

O legislador não respeita o princípio da isonomia, pois confere tratamento diverso para situações iguais, uma vez que o contrato de fiança prescinde da existência do contrato de locação, logo não poderia proteger da expropriação o imóvel residencial do locatário e desamparar o bem do fiador, submentendo-o aos efeitos da penhora.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, retirou do fiador a proteção oferecida pela Lei nº 8.009/90 - o bem de família -, para atender interesses do mercado imobiliário.

Sacrificar o imóvel residencial do fiador como argumento de que assim o Estado está garantindo a moradia da parcela da sociedade brasileira que depende do aluguel não prospera, o fiador apresenta a mesma necessidade de moradia do locatário.

Ao analisar a Constituição Federal pode-se verificar as duas faces do direito à moradia, positiva e negativa. Assim, da mesma forma que cabe ao Estado facilitar e efetivar esse direito, cabe a ele proteger a moradia de quem também já a possui.

Atualmente, o bem de família protege o locador, o locatário, bem como a pessoa viúva ou solteira. O instituto não faz distinção na qualificação do beneficiário, somente exige que esse imóvel seja destinado para residência.

A propriedade residencial é protegida porque nela existe uma função existencial, morar, essa propriedade tem amparo legal independentemente de estar efetivamente ocupada pelo seu proprietário no momento de uma execução.

Assim, com a devida licença do entendimento jurisprudencial examinado anteriormente, não há como se verificar a possibilidade do bem de família do fiador responder por dívida oriunda do contrato de locação, pois inexistente base normativa constitucional que permita asserir a existência de distinção entre a dignidade do locatário e do fiador.

Por conseguinte, de *lege ferenda*, devemos procurar outras formas para satisfazer o mercado imobiliário e o direito de crédito dos locadores, saídas que não corrompam, em uma perspectiva Luhmanniana, o sistema do direito, e que, mesmo assim, mostrem-se eficazes e benéficas para todas as partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia:** direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 10.

ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Org.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa:** de acordo com a lei n. 11.101/2005. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família:** com comentários à Lei 8.009/90. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-29.

BRASIL. Código civil. **Vade mecum compacto.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Código de processo civil. **Vade mecum compacto.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade mecum compacto.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Lei nº 8.009/90 de 29 de março de 1990.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8009.htm>>. Acesso em: 07 maio 2009.

_____. **Lei nº 8.245/91 de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 07 maio 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.081.963** São Paulo. AÇÃO REGRESSIVA. FIADOR SUB-ROGADO NOS DIREITOS DO CREDOR DA LOCAÇÃO. PENHORA SOBRE IMÓVEL DE MORADIA DO LOCATÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A teor do artigo 1º da Lei n. 8.009/90, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável. Excetua-se a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza-se a constrição de imóvel pertencente a fiador. 2. Sub-roga-se o fiador nos direitos do locador tanto nos privilégios e garantias do contrato primitivo quanto nas limitações (art. 346 e 831, CC; art. 3º, VII, Lei n. 8.009/90). 3. A transferência dos direitos inerentes ao locador em razão da sub-rogação não altera prerrogativa inexistente para o credor originário. O locatário não pode sofrer constrição em imóvel que reside, seja em ação de

cobrança de débitos locativos, seja em regressiva. 4. Recurso especial não provido. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 18 jun. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801781122&dt_publicacao=03/08/2009>. Acesso em: 24 mar. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 759962 Distrito Federal. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. OCUPAÇÃO UNICAMENTE PELO PRÓPRIO DEVEDOR. EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DADA PELA LEI N. 8.009/90. I. Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do STJ (EResp n. 182.223/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.04.2003, por maioria), considera-se como "entidade familiar", para efeito de impenhorabilidade de imóvel baseada na Lei n. 8.009/90, a ocupação do mesmo ainda que exclusivamente pelo próprio executado. II. Ressalva do ponto de vista do relator. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para afastar a penhora. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 22 ago. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500998766&dt_publicacao=18/09/2006>. Acesso em: 24 mar. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 714515 São Paulo. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. PENHORA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. I. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar. II. Recurso especial conhecido e provido. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=impenhorabilidade+e+im%F3vel+e+loca%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 407.688-8 São Paulo. Tribunal Pleno. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 08 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 02 fev. 2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 205**. A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=205&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 364**. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=364&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento** nº 1.0596.05.027486-6/001. EMENTA: FIANÇA - BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII DA LEI 8.009/90 - CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA -- IMPOSSIBILIDADE.- A Lei 8.009/90, ao dispor sobre bem de família, vedou a penhora do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e dos móveis que guarneçam a residência e não constituam adornos suntuosos, estabelecendo, todavia, algumas exceções em seu art. 3º.- No que se refere à exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 - penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação -, o que se observa é que tal disposição, além de afrontar o direito à moradia, garantido no art. 6º, caput, da CF/88, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, uma vez que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador. Belo Horizonte, 10 fev. 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=596&ano=5&txt_processo=27486&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=fiador%20e%20im%F3vel%20e%20direito%20e%20moradia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COELHO, José Fernando Lutz. **Locação: questões atuais e polêmicas**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

CREDEIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da constituição federal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Nova lei do inquilinato: análise crítica das alterações introduzidas pela lei n. 12.112/2009**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 537.

HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 104, v. 396, p. 25-59, mar./ abr. 2008.

HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 6, n. 29, p. 173-200, jan./ mar. 2007.

IBGE. **Habituação**, 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/tabelas/habitacao.htm>. Acesso em: 13 set. 2009.

LUHMANN, Niklas. Acoplamentos estruturales. In: **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México, 1999. Manuscrito, p. 351-407.

MINHA CASA MINHA VIDA. **O sonho da casa própria vai virar realidade para milhões de brasileiros**. Disponível em: <<http://www.minhacasaminhavidagov.br/>>. Acesso em: 13 set. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: dos contratos em geral, das várias espécies de contrato, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Os efeitos da crise do setor imobiliário dos EUA. **Estadão**. 2 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/os-efeitos-da-crise-do-setor-imobiliario-dos-eua,1546.htm>>. Acesso em: 13 set. 2009.

PEDROTTI, Irineu Antonio; William Antonio. **Comentários à lei de locação: lei 8.245, de 18 de outubro de 1991**. São Paulo: Método, 2005.

MOREIRA, Pery. **Lei do inquilinato comentada: atualizada e conforme o novo código civil**. São Paulo: Memória jurídica, 2003.

ROQUE, José Sebastião. **Direito contratual civil-mercantil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2003.

RUAS, Aline Lopes. A penhorabilidade do bem de família do fiador à luz dos direitos e garantias fundamentais. **Unesc em Revista**, Colatina, v. 8, n. 19, p.12-30, jan./jun. 2006.

SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família: voluntário e legal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

_____. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./ dez. 2008.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Comentários às alterações da lei do inquilinato: lei 12.112, de 09.12.2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-56.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 2, p. 50-56, abr./ jun. 2000.

TAVARES, Juliana. Flexibilização da lei do inquilinato. **RT Informa**: São Paulo, a. XI, n. 59, p. 4-5, set. 2009/ jan. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos em espécie**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática**. 10. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010.

VERDINI, Liana. Projeto de Lei aprovado na Câmara institui novas normas nos contratos de locação. **Correio Braziliense**, Brasília, 15 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2009/08/15/economia,i=135102/PROJETO>>

+DE+LEI+APROVADO+NA+CAMARA+INSTITUI+NOVAS+NORMAS+NOS+CONTRATOS+DE+LOCACAO.shtml>. Acesso em: 13 set. 2009.

VICENTINO, Cláudio; GIANPAOLO, Dorigo. O processo de independência dos Estados Unidos. **História para o ensino médio: história geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2001. p. 265-270.

ANEXO

Supremo Tribunal Federal
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 06.10.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 5 0 - 5

880

08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
RECORRENTE(S) : **MICHEL JACQUES PERON**
ADVOGADO(A/S) : **EDUARDO PAIVA BRANDÃO**
RECORRIDO(A/S) : **ANTONIO PECCI**
ADVOGADO(A/S) : **PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETTO E OUTRO(A/S)**

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 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos.** A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro NELSON JOBIM, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros EROS GRAU, CARLOS BRITO e CELSO DE MELLO, que lhe davam provimento. Votou o Presidente, Ministro NELSON JOBIM. O Ministro MARCO AURÉLIO fez consignar que entendia necessária a audiência da Procuradoria, tendo em vista a questão constitucional.

Brasília, 08 de fevereiro de 2006.



CEZAR PELUSO - RELATOR



08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
 RECORRENTE(S) : MICHEL JACQUES PERON
 ADVOGADO(A/S) : EDUARDO PAIVA BRANDÃO
 RECORRIDO(A/S) : ANTONIO PECCI
 ADVOGADO(A/S) : PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETTO E
 OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que negou provimento a agravo de instrumento interposto pelo ora recorrente. À base do agravo está decisão em que o juiz da causa indeferiu pedido de liberação do bem de família do recorrente, objeto de constrição em processo executivo com fundamento na exceção legal à regra da impenhorabilidade de tais bens, nos termos do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 29.03.1990, pois o devedor executado ostenta a condição incontroversa de fiador em contrato de locação (fls. 117-130).

O acórdão está assim ementado:

“Locação - Despejo - Execução - fiador - Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado - Constrição do seu imóvel residencial - Admissibilidade - Previsão da atual lei inquilinária - direito de moradia - norma do art. 6º da CF, ampliada pela Emenda nº 26/2000 - Regulamentação - Ausência - Recurso desprovido” (fls. 110).

Inconformado, o fiador interpôs recurso extraordinário. Como apontado na decisão que o admitiu na origem, “*cinge-se a controvérsia em saber*



RE 407.688 / SP *Supremo Tribunal Federal*

882

se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que ampliou a disposição do artigo 6º da Constituição Federal, incluindo a moradia entre os direitos sociais" (fls. 203).

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Tenho por inconsistente o recurso.

Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC nº 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 29.03.1990, a qual, com a redação da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família.

A regra constitucional enuncia *direito social*, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, “*independentemente da sua justiciabilidade e exeqüibilidade imediatas*”, sua dimensão objetiva supõe provisão legal de *prestações aos cidadãos*, donde entrar na classe dos chamados “*direitos a prestações, dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos*”.¹

Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. Ao propósito dos direitos sociais dessa estirpe, nota a doutrina:

“A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por

¹ **CANOTILHO, J. J. Gomes.** *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed.. Coimbra: Almedina, p. 446, C, I, e 447-448.



si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada. Mesmo assim foram efetuadas diversas tentativas de sistematizar as prestações sociais estatais relevantes para a problemática dos direitos sociais, dentre as quais destacamos - pela sua plasticidade e abrangência - a proposta formulada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações estatais (que podem, em princípio, constituir em objeto dos direitos sociais) em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público.

O que se percebe, com base na sistematização proposta, é que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc.). Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positividade dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.²²

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia - o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel* - pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 279.

Janey

favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

A vigente Constituição portuguesa é, aliás, ilustrativa ao propósito, ao dispor, no nº 2 do art. 65º:

“2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

(...)

c) **Estimular a construção privada**, com subordinação ao interesse geral, e o **acesso à habitação própria ou arrendada**” (Grifei)

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas.

Daí, só poder conceber-se acertada, em certo limite, a postura de quem vê, na penhorabilidade de imóvel do fiador, regra hostil ao art. 6º da Constituição da República, em “*havendo outros meios de assegurar o pagamento do débito*”,³ porque essa constitui a única hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso, a função prática de servir à



prestação de garantia exclusiva das obrigações do locatário e, como tal, de condição necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo. Aí, não incidiria, não porque, na sua generalidade e eficácia, seja desconforme com a Constituição, senão porque o fato (*fattispecie* concreta) é que se lhe não afeiçoaria ao modelo normativo (*fattispecie* abstrata).

Ou, noutros termos, a norma deveras comporta redução teleológica que, para a acomodar à tutela constitucional do direito social de moradia, na dupla face de resguardo simultâneo a direito subjetivo do fiador ao bem de família e, por viés, a análogo direito do locatário à habitação, exclua do seu programa normativo, sem mudança alguma do texto legal, certa *hipótese de aplicação*, qualificada pela existência de outro ou outros meios capazes de assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador. A essa construção, no plano dogmático, corresponde o conceito puro de *declaração de nulidade, sem redução de texto*.⁴ Mas não deixa de expressar também o *caráter negativo* da eficácia do direito social do fiador, visto como poder de defesa contra agressão a *posição jurídica* redutível ao seu âmbito de proteção.⁵

Mas não é caso dessa redução, porque aqui não se alega nem consta estejam disponíveis outras garantias ao crédito exequendo.

Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações factuais e de vocações normativas - a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 324.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. In.: MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 301.



via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito -, como porque, como bem observou **JOSÉ EDUARDO FARIA**, “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”.⁶

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

2. Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

⁵ CANOTILHO. Op. cit., p. 446.

⁶ *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 278.

Handwritten signature

08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULOVOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, acompanhei o voto do Ministro Cezar Peluso, sempre brilhante, muito bem construído, mas vou pedir vênica para divergir.

Já havia preparado umas anotações para o voto. Apesar da brilhante linha de raciocínio do Ministro Cezar Peluso, não me convenço. Vou tomar essas anotações com um breve acréscimo.

A penhora incidiu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador. Há precedentes na Corte, os REs 352.940 e 449.657, Relator o Min. Carlos Velloso, nos quais se afirma o não recebimento, pelo artigo 6º da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela EC 26/2000, da Lei nº 8.245/91, que ressalva a penhora do imóvel residencial do fiador em contrato de locação.

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Ai, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar - a dignidade da pessoa humana, pois - a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no



seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.

Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade.

A afronta à isonomia parece-me evidente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Vossa Excelência me permite só um esclarecimento.

Neste caso, Vossa Excelência está levantando hipótese de que o locatário teve que obter um fiador para poder morar e para poder enganar o locador?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Estou formulando uma hipótese limite, evidente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Também estou raciocinando em limite. Então, Vossa Excelência está imaginando

hipótese em que o locatário, para poder morar, teve de arrumar um fiador para o contrato?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - É verdade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - E, se não tivesse arrumado o fiador?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Se não tivesse arrumado o fiador, não se enfrentaria a situação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Não morava.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Não enfrentaria a situação.

Vou continuar porque vou dar a resposta exatamente a essa situação. A minha discordância do voto de Vossa Excelência é que não estou me apegando à lógica do mercado no meu voto, mas, sim, ao que diz a Constituição. É nesse ponto que discordo de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Temos leituras diferentes da Constituição, Ministro.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Na Constituição. Parto de um ponto de vista, Vossa Excelência partiu de outro.

Por outro lado - e aqui quero ferir ao cerne do voto do Ministro Carlos Velloso -, diria que o argumento centrado na afirmação do caráter programático do artigo 6º da CB não pode

prosperar. Pois é certo que o legislador está vinculado pelos seus preceitos.

Ou seja, os textos da Constituição são dotados de eficácia normativa vinculante. E mais: já é mesmo tempo de abandonarmos o uso da expressão "normas programáticas", que aparece nos autos, não no voto de Vossa Excelência, porque essa expressão porta em si vícios ideológicos perniciosos. Seguidamente pergunto-me por que terá sido esquecida a lição do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, que, em acórdão já de 29 janeiro de 1969, assumiu, em síntese, o seguinte entendimento:

- a) quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação de política legislativa --- que levou à omissão do Legislativo --- vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição;
- b) o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo.

Porque bastaria a omissão do Poder Legislativo, para que o preceito constitucional fosse retirado de vigência.

Diria, quase finalizando, que este não é o momento adequado para um discurso sobre os diferentes graus de intensidade vinculativa das normas constitucionais, mas insisto neste ponto: a Constituição do Brasil vincula o legislador.

Os constitucionalistas que negam essa vinculação dão prova cabal de que, aqui, entre nós, a doutrina do direito público

anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, no seio da qual germina uma muito rica "constitucionalização do direito civil". Parece estranho, mas, no Brasil, a doutrina mais moderna de direito público é a produzida pelos civilistas... É certo, ademais, que não cabe, no caso, cogitarmos da chamada "reserva do possível".

Mesmo porque aqui não há nenhuma prestação efetiva do Estado que dependa da disponibilidade de recursos materiais, para que o preceito constitucional possa ser efetivado.

Insisto na circunstância de que não houve a recepção, pela Emenda Constitucional n. 20, da lei que excepcionou a regra da impenhorabilidade.

Por fim, no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.

Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais.

De modo que, com a vênua do Ministro Cezar Peluso, dou provimento ao recurso extraordinário para afastar a impenhorabilidade no caso.



08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULOE S C L A R E C I M E N T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Faço apenas uma ponderação. O voto, como sempre muito brilhante, do Ministro Eros Grau, não responde à argumentação do meu voto, pois sustento que o direito de moradia, como um direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito de moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. O direito é amplo. Não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários do imóvel. O direito de moradia é direito que deve reconhecido à ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e, portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia.

Ora, o Estado pode concretizar, conformar esse direito de moradia com várias modalidades de prestações, inclusive a de uma prestação de tipo normativo como essa, ou seja, de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem de família num caso em que se exige garantia como condição



de acesso ao mercado de locação. À medida que restringirmos o conceito de direito de moradia, iremos restringir o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante locação, porque os locadores - como sabemos, e isso é fato público e notório - não dão em locação sem garantia, ou, então, exigem garantias que sobrecarregam essa classe, que é a grande classe dos despossuídos.

Os proprietários no Brasil são poucos, Ministro. Estamos pensando na grande classe dos que não são proprietários. Aí é que está o grande problema. São duas classes. Uma grande classe de pessoas desamparadas, que não têm condições econômicas de ser proprietários de imóvel. Então, para esta, o problema não está posto; ou, antes, a esta é que está posto o problema do acesso à moradia. Ou seja, aos poucos e aos pouquíssimos proprietários que voluntariamente acedem em ser fiadores nos contratos, o Estado deu uma opção, que, a meu ver, está dentro da norma constitucional do direito de moradia.

O que está em jogo aí são - como sempre - dois interesses relevantes, mas, neste caso, parece-me que a norma, abrindo a exceção à inexpropriabilidade do bem de família, é uma das modalidades de conformação do direito de moradia por via normativa, porque permite que uma grande classe de pessoas tenha acesso à locação. 

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Se Vossa Excelência me permite, em nenhum momento pretendi reduzir o direito de moradia aos que são proprietários, bem ao contrário.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Vossa Excelência diz que aplica porque está defendendo os proprietários de imóveis. Estou tentando mostrar que o direito de moradia também tem o outro lado, o de quem não é proprietário de imóvel.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Não tenho dúvida alguma a esse respeito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Por isso foi que me referi especificamente à disposição da Constituição portuguesa, por ser muito exemplificativa e até didática. Ela diz que o Estado pode, para a tutela do direito de moradia, tomar uma medida de incentivo à moradia arrendada, que compreende os casos de locação.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Quero insistir em um ponto. Não estou limitando o direito de moradia aos

for

proprietários, evidentemente. São poucos os proprietários e não lhes recuso a necessidade de se dar plena concreção à Constituição. Mas é preciso muito mais, a fim de que sejam superados problemas que são da nossa própria estrutura social.

Entendo, e Vossa Excelência perdoe-me, que não podemos fazer a leitura da Constituição para atender à lógica do mercado. Com isso é que não concordo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não é disso que o Ministro Cezar Peluso está falando.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Ouvi calmamente a manifestação do Ministro Peluso. Desejo apenas insistir em que o preceito constitucional, artigo 6º, sendo aplicado à situação de que cuidamos não explica, não justifica a exceção à impenhorabilidade. Além do mais, no meu modo de ver incide aí também a regra da isonomia.

08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULOV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Senhor Presidente, aparentemente, a questão posta nos presentes autos centra-se no embate entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à moradia (art. 6º da Constituição federal), que é direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige uma prestação do Estado; de outro, o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por conseqüência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade.

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 um 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.

Nessa linha de pensamento, entendo que a questão posta neste recurso extraordinário implica inicialmente saber se são impositivas ao cidadão comum, ou melhor, se são aplicáveis às relações privadas, com o mesmo peso e o mesmo rigor, as limitações e obrigações impostas ao Estado em virtude da previsão, na Constituição, de um catálogo de direitos fundamentais. Noutras palavras, a questão é saber se esses direitos se impõem, com a mesma força e o mesmo alcance, às relações travadas ao largo de qualquer manifestação estatal. Em seguida, cumpre decidir, mediante juízo de ponderação, qual dos direitos deve preponderar.

Sou dos que entendem que, em princípio e em certas circunstâncias, os direitos fundamentais se aplicam igualmente nas relações privadas.

Assim me manifestei ao votar no julgamento do RE 201.819 (rel. min. Ellen Gracie), quando aderi ao voto vencedor, do ministro Gilmar Mendes. Naquela oportunidade, afirmei:

*"Entendo que, em matéria de direitos fundamentais o nosso direito constitucional se distancia largamente da doutrina da **State Action** do direito norte-americano, segundo a qual as limitações impostas pelo **Bill of Rights** aplicam-se prioritariamente ao Estado e a quem lhe faz as vezes, jamais aos particulares.*

Tomo, contudo, a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva se verificar em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo."

É precisamente essa cautela que preconizei ao proferir o voto no caso mencionado, essa opção pelo exame casuístico, que norteará meu voto no presente recurso extraordinário.

Examino o problema em termos objetivos. A norma em causa dispõe o seguinte:

"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."

A norma é muito clara: o fiador que oferece o único imóvel de sua propriedade para garantir contrato de locação de terceiro pode ter o bem penhorado em caso de descumprimento da obrigação principal pelo locatário.

Sustenta-se que essa penhora seria contrária ao disposto na Constituição federal, sobretudo após a Emenda Constitucional 26, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição.

Entendo, porém, que esse não deve ser o desenlace da questão. Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta.

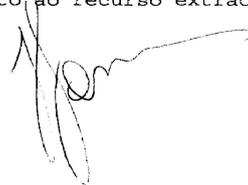
É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa

franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria.

Por via de consequência, entendo que não há incompatibilidade entre o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990, inserido pela Lei 8.245/1991, que prevê a possibilidade de penhora do bem de família em caso de fiança em contrato de locação, e a Constituição federal.

No caso, o acórdão recorrido deu por legítima a penhora de um bem de família do fiador em contrato de locação.

Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.



08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, a Constituição usa o substantivo "moradia" em três oportunidades: a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som, que a moradia se inclui entre as "necessidades vitais básicas" do trabalhador e da sua família; e, na terceira vez, a Constituição usa o termo "moradia" como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, inciso IX).

A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiação. Ele não pode, mediante um contrato de fiação, decair.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Se por ato de vontade, não pode dispor do imóvel, não pode tampouco aliená-lo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas veja o que estou dizendo, Excelência, cinjo-me à questão dos autos que cuida do contrato de fiação. Entendo que aquele que conseguiu realizar o sonho da casa própria, esse anseio profundo de conseguir o seu



pedaço de chão no mundo, que é a casa própria, não pode decair nem por vontade própria.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - É indisponível o imóvel!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Nesse caso de fiação, cingindo ao contrato de fiação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Por que só nesse?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Porque ele está garantindo uma situação de terceiro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Garantia do quê?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Excelência, ele está comparecendo como fiador para honrar o compromisso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Ministro, ele é um fraudador: declara que pode garantir, mas, na verdade, não pode, pois não tem nada para garantir!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas, Excelência, os autos cuidam, também, de bem de família, e vamos ver a Constituição.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - É imóvel residencial, essa é a definição da lei, Ministro. Bem de família é um bem que serve de residência.



O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Esse tema tangencia a nossa preocupação para o âmbito mais dilargado da proteção estatal à família, que a Constituição diz no artigo 226.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Pode até morar sozinho, que é bem de família, Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro Carlos Britto, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Segundo a óptica externada, a moradia implica necessariamente a propriedade?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, nem o Ministro Eros Grau cingiu o direito à moradia ao âmbito dos proprietários. Apenas o Ministro Eros Grau, a meu sentir, disse que o cidadão, o indivíduo que consegue a situação de proprietário de uma casa e se torna senhor de casa própria, ele recebe um reforço protetivo da Constituição. Estou extraindo isso do sistema de comando da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então passamos a ter um direito absoluto, não alcançável.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Veja, Excelência, o que diz a Constituição em matéria de família: que ela é uma entidade, veja como a Constituição radicalizou, merecedora de proteção especial. O adjetivo "especial" não há de ser desconsiderado, porque não foi à toa utilizado pela Constituição.

RE 407.688 / SP

*Supremo Tribunal Federal***904**

Estamos, portanto, no âmbito de um tema que mereceu da Constituição, a meu sentir, um apreço especialíssimo.

Nesta medida das minhas considerações e das ilações que penso extrair do sistema de comando da Constituição, acompanho, comodamente, o voto do Ministro Eros Grau, não sem antes pedir vênias ao Ministro-Relator, que, como de hábito, se houve com muita qualificação na lavratura do seu voto.



08/02/2006

*Supremo Tribunal Federal***905**

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, ouvi com atenção os votos proferidos pelos Ministros Cezar Peluso, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Carlos Britto.

De fato, o texto constitucional consagra expressamente o direito de moradia. Do que depreendi do debate, não me parece que qualquer dos contendores tenha defendido aqui a idéia de norma de caráter programático. Cuida-se, sim, de se indagar sobre o **modus faciendi**, a forma de execução desse chamado direito de moradia. E estamos diante de uma garantia que assume contornos de uma garantia de perfil institucional, admitindo, por isso, múltiplas possibilidades de execução. Sem negar que eventuais execuções que venham a ser realizadas pelo legislador possam traduzir eventuais contrariedades ao texto constitucional, no caso não parece, tal como já apontado pelo Ministro Cezar Peluso, que isso se verifique. Não me parece que do sistema desenhado pelo texto constitucional decorra a obrigatoriedade de levar-se a impenhorabilidade a tal ponto.

Já o Ministro Joaquim Barbosa destacou que aqui se enfrentam princípios eventualmente em linha de colisão. E não podemos deixar de destacar e de ressaltar um princípio que, de tão

RE 407.688 / SP *Supremo Tribunal Federal*

906

elementar, nem aparece no texto constitucional: o princípio da autonomia privada, da autodeterminação das pessoas - é um princípio que integra a própria idéia ou direito de personalidade. Portanto, embora reconheça, no art. 6º, o direito de 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.

Nesses termos, acompanho o voto do Ministro Cezar Peluso, desprovendo o recurso extraordinário.



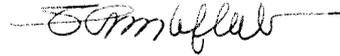
08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULO**VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também eu ponho face a face os princípios constitucionais que asseguram a proteção mais ampla à família. Já que, nesses casos, a impenhorabilidade do bem de família objetiva não apenas defender a pessoa individual daquele responsável pela obrigação, mas, sim, o núcleo familiar. Pondero esse valor. Mas pondero também, com base nas razões brilhantemente desenvolvidas pelo Ministro Cezar Peluso, que a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação.

Ponderando todas essas razões, peço vênias aos eminentes colegas que divergem, mas acompanho o Relator.



08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, observo que está em jogo a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, com a redação imprimida pela Lei nº 8.245/91, que excluiu, no campo da legalidade, da penhora, o bem dado ante fiança concedida em contrato de locação.

Por isso, de início, digo da possibilidade de cogitar de acórdão com duplo fundamento: legal e constitucional. A lei, realmente, é explícita, e a Corte de origem, ao prolatar a decisão, afastou a incidência do artigo 6º da Carta Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional nº 26/2000. Mas preocupa-me a circunstância de abrir exceção quanto ao exame de constitucionalidade, ou não, de ato normativo, sem ouvir, antes, como reclamado pelo Regimento Interno, a Procuradoria Geral da República.

Suscito - sei que na dinâmica dos trabalhos essa é uma óptica isolada - a questão e peço a Vossa Excelência que consigne que levantei a preliminar.

Surge a problemática: o artigo 6º da Constituição Federal, ao referir-se à moradia - não à propriedade, porque é possível ter moradia mediante contrato de locação, de comodato, e pelas mais diversas formas -, confere a intangibilidade da



RE 407.688 / SP

propriedade como bem único da família? A resposta, para mim, é negativa.

Não fosse a Lei nº 8.009/90, não haveria como emprestar ao bem a intangibilidade, considerado o bem do proprietário executado por dívida diversa, própria, assumida por ele na forma direta.

Mais do que isso, Senhor Presidente, há referência, no artigo 6º - e, aí, na redação primitiva -, ao trabalho, e este gera a própria subsistência mediante a percepção de salário. O trabalho está em pé de igualdade com a moradia e, se pudesse dar um peso a cada qual, daria o maior à fonte de subsistência. A previsão é de que a proteção ao salário se dá na forma da lei, a demonstrar que a alusão à moradia contida no dispositivo, por mais linear que seja o significado emprestado, não encerra a proteção à propriedade.

Por isso, peço vênia aos ministros Eros Grau e Carlos Ayres Britto, para desprover o recurso interposto, entendendo que o inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, com a redação decorrente da Lei nº 8.245/91, é constitucional.



08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULO

Apartes dos Senhores Ministros CELSO DE MELLO (Voto), CARLOS BRITTO (23.05.06), MARCO AURÉLIO (26.06.06), GILMAR MENDES (15.08.06) e SEPÚLVEDA PERTENCE (30.08.06).

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O exame da controvérsia jurídica **suscitada** nesta sede recursal extraordinária **faz instaurar** instigante discussão em torno de tema **impregnado** do mais alto relevo constitucional.

Refiro-me à questão pertinente à eficácia do **direito à moradia**, enquanto projeção expressiva **de um** dos direitos fundamentais elencados no texto da Constituição da República.

A Constituição brasileira, **ao positivizar** a declaração de direitos, **proclamou**, dentre aqueles **impregnados** de caráter social, o **direito à moradia**, assim qualificado **pela EC nº 26**, de 14/02/2000.

Cabe assinalar, neste ponto, por relevante, **que o direito à moradia** - que representa **prerrogativa constitucional** deferida a todos (CF, art. 6º) - **qualifica-se** como um dos direitos



RE 407.688 / SP

Supremo Tribunal Federal

sociais mais expressivos, **subsumindo-se** à noção dos direitos de **segunda** geração (RTJ 164/158-161).

A essencialidade desse direito **é também proclamada por declarações internacionais** que o Brasil subscreveu **ou** a que o nosso País aderiu, **valendo referir**, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) **e** o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), **que dispõem sobre o reconhecimento do direito à moradia** como expressão de um direito fundamental **que assiste** a toda e qualquer pessoa.

Na realidade, a Constituição da República, **ao conferir** positividade jurídica ao direito à moradia, **nada mais refletiu** senão a grave preocupação já anteriormente externada pelo Estado brasileiro no plano internacional, **tanto** que o Brasil **assumiu**, nesse âmbito, **compromissos inequívocos** de cuja implementação **depende** a efetiva concretização dessa prerrogativa básica **reconhecida** às pessoas, tal como resulta - **segundo observa** SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA ("**Direito à Moradia e de Habitação**", p. 348, item n. 8, 2004, RT) - **dos "termos da Agenda Habitat estabelecida na Conferência do Habitat II de Istambul, segundo a qual os governos devem tomar apropriadas medidas para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia, em conformidade com o que dispõe o inciso IX do art. 23 da Constituição Federal da**



RE 407.688 / SP

Supremo Tribunal Federal

República, **sendo da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios tutelar o direito à moradia (...)**" (grifei).

Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se **relevante** observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor LUIZ EDSON FACHIN ("Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo", 2001, Renovar), **que se impõe**, ao Estado, **dispensar tutela efetiva** às pessoas em geral, **notadamente** àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, **assegurando-lhes**, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo **fundada** em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, **que representa** - enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) - **valor revestido de centralidade** em nosso sistema constitucional.

Esse princípio fundamental, **valorizado** pela fiel observância **da exigência ético-jurídica** da solidariedade social - **que traduz** um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) - **permite legitimar interpretações** que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, **superando-se**, desse modo, **em prol** da subsistência digna das pessoas, **restrições** que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, **como o da intangibilidade** do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família.



Daí a advertência, que se impõe considerar, de que se formou, **no âmbito** de nosso sistema jurídico, **um novo paradigma** a ser observado pelos elaboradores e pelos aplicadores da lei, **pois**, como bem assinalado pela Professora MARIA CELINA B. MORAES ("A Caminho de um Direito Civil Constitucional", "in" "Revista Estado, Direito e Sociedade", vol. 1, 1991, PUC/RJ), "no Estado Democrático de Direito, **delineado** pela Constituição de 1988, **que tem** entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, **o antagonismo público-privado** perdeu definitivamente o sentido. **Os objetivos constitucionais** de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza **colocaram a pessoa humana** - isto é, os valores existenciais - **no vértice** do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. **Daí decorre** a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, **especialmente** os do direito civil, **à luz** da consideração metodológica que entende **que toda norma** do ordenamento deve ser interpretada **conforme** os princípios da Constituição Federal. **Desse modo**, a normativa fundamental **passa a ser a justificação direta** de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar" (grifei).



*Supremo Tribunal Federal***914**

RE 407.688 / SP

Justificável, desse modo, a **ponderação** feita pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, **em decisão** proferida no julgamento do RE 352.940/SP, **quando reconheceu a impenhorabilidade do único imóvel residencial** do prestador de fiança locatícia, **vindo a assegurar-lhe** a proteção constitucional **fundada** no direito à moradia e cuja concretização reside, em nosso sistema de direito positivo, na tutela estatal dispensada ao bem de família. **Em consequência desse correto pronunciamento**, o eminente Ministro CARLOS VELLOSO - **cujas razões** ora reproduzo - **teve por insubsistente** a ressalva constante **do inciso VII** do art. 3º da Lei nº 8.009/90, **na redação** dada pela Lei nº 8.245/91, **porque conflitante** com o direito à moradia:

"Em trabalho doutrinário 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 10.3.2003, **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 a ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º **feriu de morte** o princípio isonômico, **tratando** desigualmente situações iguais,



RE 407.688 / SP

Supremo Tribunal Federal

esquecendo-se do velho brocardo latino: **ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio**, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. **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." (grifei)

A "**ratio**" subjacente a esse entendimento **prende-se** ao fato de que o bem de família do devedor principal - que é o locatário - **não pode ser penhorado**, muito embora o **fiador** - que se qualifica como garante **meramente** subsidiário (CC, art. 827) - **possa sofrer** a penhora **de seu único** imóvel residencial, **daí resultando** um paradoxo absolutamente inaceitável, pois, **presente** tal contexto, **falecer-lhe-á** a possibilidade de, **em regresso**, uma vez paga, por ele, a obrigação principal, **fazer incidir** essa mesma constrição judicial **sobre o único** imóvel residencial **eventualmente** pertencente ao inquilino.

É por esse motivo que PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO ("Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral", vol. I/288-289, item n. 5, 4ª ed., 2003, Saraiva), **analisando** esse **específico** aspecto da questão **sob a égide** do postulado da isonomia, **corretamente observam**:

"A Lei n. 8.245/91 (Lei do Inquilinato) **acrescentou** o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009/90, **estabelecendo** mais uma exceção à impenhorabilidade legal do bem de família: **a obrigação decorrente de fiança em contrato de locação.**

Em outras palavras: 'se o fiador for demandado pelo locador, visando à cobrança dos aluguéis atrasados, poderá o seu único imóvel residencial ser executado, para a satisfação do débito do inquilino'.

Não ignorando que o fiador possa se obrigar solidariamente, o fato é que, na sua essência, 'a fiança é um contrato meramente acessório' pelo qual um terceiro (fiador) assume a obrigação de pagar a dívida, se o devedor principal não o fizer.

Mas seria razoável garantir o cumprimento desta obrigação (essencialmente acessória) do fiador com o seu único bem de família? **Seria tal norma constitucional?**

Partindo-se da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica - o contrato de locação -, '**não é justo** que o garantidor responda com o seu bem de família, **quando** a mesma exigência **não é feita** para o locatário'. **Isto é**, se o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia, e 'comprar um único imóvel residencial', este seu bem será 'impenhorável', **ao passo** que o fiador continuará respondendo com o seu próprio 'bem de família' perante o locador que não foi pago.

À luz do Direito Civil Constitucional - pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil -, **parece-me forçoso concluir** que este dispositivo de lei '**viola** o princípio da isonomia' **insculpido** no art. 5º da CF, uma vez que '**trata de forma desigual locatário e fiador**', embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação." (grifei)

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não. 

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Esse artigo 6º, tão reiteradamente citado pelo Ministro Carlos Velloso, vem em um

contexto constitucional de nítida densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o terceiro fundamento da República, ou seja, esses princípios constitucionais não são fórmulas ocas ou vazias. A nossa Constituição se caracteriza por uma primorosa normatividade. Podemos até dizer que não há *deficit* de normatividade nesse campo dos direitos fundamentais, mas, infelizmente, na prática jurisdicional, há um *deficit* de concretividade ou de aplicabilidade.

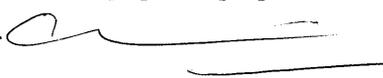
Quando Vossa Excelência fala do valor da moradia única, lembrei-me, agora, do artigo 183 da Constituição, que instituiu o chamado "usucapião extraordinário", cuja dicção é tão clara:

"Art. 183 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural."

Daí por que fiz questão de enfatizar também o conteúdo do artigo 7º, IV, da Constituição, por qualificar a moradia como necessidade vital, básica. Há de se extrair daí uma conseqüência jurídica, assim, na linha do pensamento de Vossa Excelência, concreta.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Inquestionável o acerto da conclusão ora exposta por Vossa Excelência. A moradia



representa, efetivamente, uma necessidade básica da pessoa. **É preciso**, desse modo, que o Poder Público **dê consequência** ao que a nossa Lei Fundamental proclama, **notadamente** quando põe em destaque essa garantia assegurada às pessoas em geral, como se vê, por exemplo, da norma inscrita no inciso XXVI do art. 5º da Constituição da República, que impede a penhora da pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família. 

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A *contrario sensu*, a pequena propriedade explorada pela família.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E deve demandar atividade produtiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro, Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não. 

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Se, na verdade, pudéssemos adotar como premissa básica que a impenhorabilidade tem essa dimensão, talvez devêssemos avançar para considerar não-recepcionados - na realidade, talvez devêssemos avançar até para considerar inconstitucional, porque Vossa Excelência já o disse que

seria a concretização do princípio da dignidade humana - não só o inciso VII, mas todas as demais exceções. Veja que, no artigo 3º, a lei diz:

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

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor de pensão alimentícia;" - outra hipótese, também, em que se faz uma notória valoração, em razão até de temas que já conhecemos -

"IV - para cobrança de impostos, predial" - veja que curioso - "ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens."

Cada uma dessas exceções contém uma valoração, uma ponderação realizada pelo próprio legislador.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Veja Vossa Excelência, até na hipótese de produto de crime, levou-se ao bem de família - não apenas do proprietário - a possibilidade de agir assim.

RE 407.688 / SP

Supremo Tribunal Federal

920

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Cada um desses itens será enfrentado no seu devido tempo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Vamos acabar chegando à incapacidade civil do proprietário de bem de família.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Análise, nesta sede recursal, **apenas** o caso concreto, **pois**, como bem assinalou o eminente Ministro CARLOS BRITTO, **as exceções** à cláusula geral de impenhorabilidade do bem de família **serão examinadas** em momento oportuno, **se e quando** a controvérsia constitucional a elas pertinente chegar a esta Suprema Corte.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **ressalto**, uma vez mais, **como já o fizera** no início deste meu voto, **a incongruência** referida pelo eminente Ministro EROS GRAU, **constante do inciso VII** do art. 3º da Lei nº 8.009/90. **Ou seja**, o fiador **sofre**, nos termos dessa exceção legal, **a incidência** do vínculo processual da penhora, **mas ele**, mesmo solvendo a obrigação do devedor principal (locatário), **não pode voltar-se, regressivamente**, contra ele, **impossibilitado** de fazer recair a penhora **sobre o único** imóvel residencial **eventualmente** pertencente ao inquilino inadimplente.



O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas, ministro, por que ele não poderia?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Porque ele se subroga nos direitos do locador; conseqüentemente, se o locador não tem ação contra o inquilino, ele também não a terá.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - De início, imaginamos que o inquilino não tenha propriedade imóvel.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não necessariamente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, consideradas as razões por mim expostas, **peço vênia** para acompanhar os doutos votos proferidos pelos eminentes Ministros EROS GRAU e CARLOS BRITTO.



08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULO

À revisão de apertes do Sr. Ministro Carlos Britto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, não é necessário enfatizar que o caso é angustiante. E a divergência manifestada evidencia a sua grandeza.

Confesso que me impressionou, de início, a generosa inspiração da decisão pioneira do eminente Ministro Carlos Velloso no RE 352.940, e, hoje, os magníficos votos proferidos pelos Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Celso de Mello.

Cuida-se de saber da validade da penhorabilidade do bem de família do fiador de locação residencial. Creio que o problema é dar efetividade ao direito à moradia, não só com relação às prestações positivas relativas ao Estado, mas também à chamada eficácia horizontal desse direito, nas relações privadas.

Por isso, não consigo fugir ao problema posto pelo eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, de que viabilizar a locação residencial é modalidade de concretização desse direito fundamental à moradia. Dificulta-o, evidentemente, tornar ilusória a "fiação" dada pelo titular de um bem de família.



O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Volto a dizer, eu me enredei na "fiação" sem a intenção de acertar; errei mesmo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Repito a Vossa Excelência o que o Presidente já dissera: até na **aberratio ictus** Vossa Excelência é nosso mestre. E revelou-me esse significado da palavra "fiação".

Com todas as vênias de mestre Eros Grau, creio não tratar-se aqui de ceder a imperativos do mercado, mas de ter em conta a realidade circundante da questão constitucional. A alternativa à "fiação" eficaz é enredar-se o inquilino na garantia bancária, inacessível à grande massa daqueles que não têm como realizar o seu direito à moradia senão mediante o arrendamento do imóvel residencial.

Por isso, acompanho o eminente Relator e nego provimento ao recurso.



08/02/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8 SÃO PAULO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Também acompanho o voto do Relator e recorro a importância desse tipo de decisão. Aliás, o Ministro Sepúlveda Pertence já tinha lembrado há algum tempo, quando decidimos a inconstitucionalidade da extensão de uma norma constitucional que havia afastado a limitação do salário-maternidade.

Lembrem-se de que a Constituição estabeleceu a limitação de todos os benefícios da Previdência Social, incluindo o auxílio-maternidade. O Tribunal ficou muito sensível. O Relator, Ministro Sydney Sanches, havia iniciado o seu voto dizendo que, na licença-maternidade, a Previdência pagaria até o limite e o excedente ao limite para chegar ao salário de atividade seria pago pelo empregador. Nós chamamos a atenção e o Tribunal reconheceu que uma decisão dessa natureza inviabilizaria o mercado de trabalho da mulher, porque os empregadores não contratariam mais mulheres grávidas e criariam dificuldades ou estabeleceriam salários limitados ao teto.

Nós temos de ter respeito às normas constitucionais, inclusive ao direito infra-constitucional. Essas normas não são feitas para irreais, não são feitas para mundos virtuais, mas para mundos reais. Foi exatamente a isso que o Relator se referiu.

Na medida em que entendêssemos, como pretende a minoria, que esse direito seria oponível nessas circunstâncias, a consequência seria exatamente a extração da possibilidade de locações de uma série de pessoas absolutamente necessitadas para tais, porque, evidentemente, o risco seria onerado ao personagem, por meio da fiança bancária, ou mesmo na impossibilidade de locação.

Lembrem-se de toda a disputa que houve com a Lei nº 1.300, à época dos anos 60, que acabou inviabilizando o crescimento imobiliário. E, depois, teve que haver um vetor para viabilizar, com o Decreto-Lei nº 4, a liberação das locações na área comercial até chegarmos à situação atual, que deu um “boom” de crescimento de investimentos na área imobiliária, principalmente depois da Lei de Condomínios e Incorporações da década de 60, que criou o mecanismo possível do financiamento.

Supremo Tribunal Federal
RE 407.688 / SP

925

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – Foi a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 64.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Em 64, que criou o mecanismo possível do financiamento. Ou seja, o Tribunal não pode ficar insensível ao fato de que seus eventuais trabalhos teóricos ou acadêmicos possam criar circunstâncias que inviabilizem, inclusive, o próprio desenvolvimento do setor e abertura de moradias a todos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Quero deixar expressa a minha adesão ao que me pareceu constar do voto do eminente Relator de que é claro que a penhorabilidade do bem de família pressupõe a inexistência de outras garantias suficientes.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – De outros meios de garantia da execução.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Na seqüência, claro, é a última hipótese.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Sem querer desqualificar, minimamente que seja, o vigor da sustentação de Vossa Excelência, como sempre pragmático e ficando suas observações na realidade, o que é um mérito, entendo que a impenhorabilidade do bem de família, no caso dos autos, daria ao mercado uma oportunidade de exercitar outras fórmulas substitutivas, o mercado é muito inventivo, muito criativo e encontraria meios e modos de resolver os futuros contratos de locação.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – E o ônus seria pago pelo locador. Os bancos já descobriram. O Ministro Eros Grau sabe disso, embora não saiba o valor que esteja pagando pela fiança bancária.

Supremo Tribunal Federal
RE 407.688 / SP

926

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: – Quanto à observação, no voto de Vossa Excelência, aos trabalhos acadêmicos, minha postura aqui foi de defesa da Constituição. Nela não há nada acadêmico.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Academicamente. E aí o efeito seria contrário. É bom lembrar, por exemplo, as situações de efeitos das normas. Precisamos ter a preocupação exatamente com isso.

Acompanho o voto do Relator.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688-8**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

RECTE.(S): MICHEL JACQUES PERON

ADV.(A/S): EDUARDO PAIVA BRANDÃO

RECDO.(A/S): ANTONIO PECCI

ADV.(A/S): PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETTO E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, que lhe davam provimento. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. O Ministro Marco Aurélio fez consignar que entendia necessária a audiência da Procuradoria, tendo em vista a questão constitucional. Plenário, 08.02.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário