

A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO

Janaina Falcade Nunes¹
Melissa Barbieri de Oliveira²

RESUMO

O presente trabalho denomina-se “A penhora do bem de família do fiador no contrato de locação” e possui como enfoque a análise do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8009/1990, que possibilitou a penhora do bem de família do fiador obrigado no contrato de locação, caracterizando-se como uma das exceções a impenhorabilidade do bem de família. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, já se manifestou no ano de 2006, declarando a constitucionalidade do inciso, porém, várias são as posições contrárias a tal decisão. Objetiva-se com o presente trabalho, analisar quais são os argumentos desfavoráveis ao citado dispositivo legal, bem como compreender os votos proferidos no julgamento do Supremo Tribunal Federal. O método utilizado é o dialético, eis que foram utilizados para a pesquisa os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis a constitucionalidade do dispositivo legal estudado. Os resultados obtidos com a pesquisa foram a de que apesar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ainda há muitos doutrinadores e até tribunais, que entendem que a possibilidade de penhora do bem de família do fiador obrigado no contrato de locação é inconstitucional, por ferir vários princípios constitucionais. Com o término das pesquisas, conclui-se que razão assiste aos que defendem a inconstitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º da Lei nº 8009/1990, eis que pelo fato do contrato de fiança ser acessório, não pode o fiador responder por um encargo maior do que o locatário. Ademais, não se escusa a responsabilidade do fiador, porém, não pode ele responder pela dívida com o seu único imóvel residencial, tal posicionamento, fere os princípios da isonomia, da proporcionalidade, e o direito a moradia, garantido pela Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de Família; (Im)Penhorabilidade; Contrato.

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de penhora do bem de família do fiador obrigado no contrato de locação de deu com o art. 82 da Lei n. 8.245/1991 (Lei de Locações Urbanas), que incluiu o inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90, o qual possui a seguinte redação: Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Assim, o fiador obrigado no contrato de locação, passa a responder pelas dívidas do afiançado com o seu próprio bem de família.

A opinião quanto à constitucionalidade de tal dispositivo legal, vinha dividindo os estudiosos, a tese da inconstitucionalidade foi adotada pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso, em decisão monocrática (STF, RE 352940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/04/2005) no ano de 2005, mas já no ano

¹ Acadêmica da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, cursando o 5º ano do curso de Direito.

² Mestre em Ciências Jurídico Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal, professora da cadeira de Direito Civil da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – campus Francisco Beltrão – PR e da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior. Membro do GEPISA – Grupo de estudo e pesquisa em segurança alimentar (UNIOESTE). Advogada. melissabarbieri@hotmail.com



seguinte, o STF pronunciou-se sobre o assunto, decidindo pela constitucionalidade do artigo.

Porém, tal posicionamento não se deu de forma unânime, pois os Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello entenderam pela inconstitucionalidade do comando legal. Diante desta divergência, que ainda rodeia o mundo jurídico, neste capítulo serão analisados quais foram os argumentos que embasaram o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como os argumentos trazidos por muitos doutrinadores, que ainda entendem pela inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8009/90.

2 O DIREITO A MORADIA E O BEM DE FAMÍLIA

O direito a moradia foi previsto de modo expreso com a Emenda Constitucional nº 26/2000 que o incluiu como um direito social no artigo 6º da Constituição Federal. Dispõe citado artigo que “São direitos sociais (...) a moradia (...)”.

O direito a moradia está ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, afinal, todas as pessoas têm direito a uma moradia digna e adequada. É o que leciona Lenza (2010, p. 839).

(...) partindo da ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1º, II), direito à intimidade e a privacidade (art. 5º, X) e de ser a casa asilo inviolável (art. 5º, XI), não há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Silva ao dispor que “Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal”. (2003, p. 313). Viver em um ambiente saudável e confortável é necessário para que traga segurança a toda a comunidade.

Este direito, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 26/2000 já estava previsto tacitamente na Constituição Federal, por meio do artigo 23, IX o qual dispunha que é de competência comum da União, Estado, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento” e o artigo 3º segundo o qual um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização e promover o bem de todos. (SILVA, 2003, p. 313-314)



ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.

Por fim, conclui-se que o instituto do bem de família é uma forma de assegurar direito à moradia previsto na Constituição Federal.

Porém, a própria Lei que assegura a proteção ao bem de família traz exceções, casos em que a impenhorabilidade não é oponível (artigo 3º). Prevê o inciso VII de referido artigo a possibilidade de penhora do bem de família do fiador obrigado em contrato de locação.

3 ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF

Na data de 25 de abril de 2005 foi submetido ao STF o julgamento do Recurso Extraordinário nº 407688, que tinha como objeto a apreciação da constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, uma vez que o artigo 6º da Constituição Federal prevê o direito a moradia. Veja a 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. (407688 SP , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147)

Assim, no caso levado ao Supremo, o recorrente defendia a tese de que a possibilidade de penhora do bem de família do fiador violaria o direito a moradia, introduzido pela EC nº 26 de 14/02/2000 como um direito social.

Segundo o Ministro Relator Cesar Peluso do recurso não ocorre à violação acima exposta, pois, o direito a moradia pode, sem prejuízo de outras alternativas, ser “(...) implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante a previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores” (407688 SP , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147).



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 grande classe dos despossuídos. (...) são duas classes. Uma grande classe de pessoas desamparadas, que não têm condições econômicas de ser proprietários de imóvel. (...). 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 tenham acesso à locação. (407688 SP , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p 894)

Esclarece o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, que as questões discutidas são de duas ordens, de um lado o direito a moradia e doutro o direito a liberdade.

(...) centra-se o 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 em cada um de obrigar-se contratualmente e, por conseqüência, se 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. (407688 SP , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007,p. 897)

Sustenta referido Ministro que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, e muitas vezes, um direito fundamental cede espaço a outro. (p 899)

Seguindo este raciocínio, Gilmar Mendes defende a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, sob o argumento de que a partir do momento em que presta a fiança, o faz porque é uma faculdade sua, utiliza-se da liberdade de contratar, ninguém é obrigado a ser fiador, se o faz é porque exerceu um direito que está a sua disposição.

A decisão de prestar fiança, (...) é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre 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. (407688 SP , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007,p 900)

Percebe-se que os votos da maioria dos Ministros, que decidiram pelo indeferimento do recurso e a conseqüente constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII da Lei nº 8009/90 pautam-se nos argumentos de proteção ao mercado imobiliário,



que teria como conseqüência, a dificuldade das pessoas que não possuem uma casa própria, locarem imóveis.

Assim, defendem o direito a moradia, argumentando que pela sua importância, deve-se levar em conta que este direito é de todos, inclusive daqueles que não possuem residência própria e necessitam celebrar contrato de locação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, seguindo o entendimento do Supremo, já decidiu sobre a constitucionalidade do artigo. Veja.

AÇÃO RESCISÓRIA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO. DESPROVIDO. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. BENEFÍCIO DE ORDEM. CLÁUSULA DE RENÚNCIA EXPRESSA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO. VALIDADE. DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ART. 828, INC. I, DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 423 E ART. 424 DO CÓDIGO CIVIL, POR NÃO SE TRATAR DE CONTRATO DE ADESÃO. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF DO INCISO VII, ART 3º DA LEI 8009/90, QUE EXCEPCIONOU DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA O IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSIÇÃO DE LEI. IMPROCEDÊNCIA.(TJPR - 11ª C.Cível em Composição Integral - AR 870936-2 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Augusto Lopes Cortes - Unânime - J. 23.05.2012)

Em referida decisão colhe-se o seguinte argumento.

Não se pode olvidar que o direito social à moradia não afasta a liberdade do cidadão de escolher se deve ou não afiançar um contrato de locação e arcar com os riscos que a condição de garante implica, bem como não elide o princípio geral de que o devedor responde com seus bens pelas obrigações contraídas, desde que respeitado o devido processo legal.

Ainda, não se pode olvidar que a fiança prestada nos contratos de locação, gozam de uma confiança entre o fiador e o afiançado, presta-se fiança com a intenção de nunca ser necessário usá-la efetivamente.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o da possibilidade de penhora.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. PENHORABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. É possível a penhora do único bem imóvel do fiador do contrato de locação, em virtude da exceção legal do art. 3º da Lei 8.009/90, inserida pelo art. 82, VII, da Lei 8.245/91, que, por ser de índole processual, tem eficácia imediata. Precedentes do STJ e do STF. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 891.290/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 12/05/2008);

A partir desta noção dos argumentos que levaram o Supremo Tribunal Federal a decidir de tal forma, necessário analisar quais são os argumentos que ainda persistem na doutrina, que os levam a defender a inconstitucionalidade do



afronta do artigo ora analisado com o princípio da isonomia, uma vez que, em determinada hipótese, o afiançado que não paga os aluguéis porque está economizando para comprar a sua casa própria não tem seu bem de família penhorado, mas o fiador, o tem. Nesta perspectiva, clara está a desigualdade de tratamentos destinados para as partes. Veja.

Quer dizer, sou fiador. Aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque esta 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. (407688 SP, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 889).

O Ministro ainda repele o argumento de que a impenhorabilidade do bem de família do fiador prejudicaria o mercado imobiliário, pela falta de garantia, ocasionando uma dificuldade de se conseguir imóveis para locar e retirando o direito à moradia daqueles que não possuem uma residência própria. Para o Eros Grau, é deve do Poder Público criar políticas públicas para resolver tal situação. Cabe somente ao STF cuidar da Constituição e analisar os casos em que lhes são submetidos, de acordo com o que a Carta Magna prevê.

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 que possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não há 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. (407688 SP, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 892)

Outro defensor da inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso VII da Lei nº 8009/90 foi o Ministro Carlos Brito, segundo o qual, o direito a moradia é um direito social de suma importância, constituindo-se como um direito vital das pessoas, não podendo sofrer os efeitos da penhora decorrente de um contrato de fiança.

(...) 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, e não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiança. Ele não pode, mediante um contrato de fiança, decair. 407688 SP , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007).

O Ministro Nelson Jobim foi outro que teve seu voto vencido, em seus argumentos destaca a importância do direito à moradia, que sempre foi uma preocupação de nível internacional. Para Nelson Jobim, não é justo que o fiador tenha que responder pela dívida com o seu único bem de família e o locatário não, eis que a fiança é contrato acessório, e não caberia ao fiador ao menos adentrar com uma ação de regresso contra o locatário para tentar reaver a quantia que desembolsou.

Assim, retorna-se a questão base de toda a discussão, a exceção trazida pelo artigo sob análise fere o princípio da isonomia, e não poderia subsistir. Veja trecho do voto do Ministro Nelson Jobim.

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. (. (407688 SP , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007,p. 915)

Alguns Tribunais do País, ainda estão proferindo decisões de forma contrária ao entendimento do STF, um deles é o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Como exemplo segue decisão da Primeira Câmara de Direito Civil, do Relator Carlos Prudêncio.

APELAÇÃO CÍVEL. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. GARANTIA DE FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. EXEGESE DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO À MORADIA. LEI N. 8.009/1990 QUE NÃO PODE SER APLICADA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. "Não obstante ter a sentenciante entendido que "é passível de penhora o imóvel residencial, nos termos do artigo 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, ainda que eventualmente seja o único pertencente à executada, não ofendendo o direito social de moradia aludido no art. 6º da Constituição Federal" (fl. 69), destaca-se que as particularidades do caso em apreço e o respeito aos princípios constitucionais de razoabilidade, dignidade da pessoa humana e moradia, autoriza a decretar a impenhorabilidade do bem quando este for o único imóvel da família. Assim, muito embora o art. 3º, VII, desse diploma legal mencione que não se poderá ser argüida a impenhorabilidade do bem de família quando houver fiança em contratos de locação, entendo que



'estando a moradia erigida a um direito fundamental a ser protegido, conforme preconizado no artigo 6º da Constituição Federal, deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel pertencente ao fiador de contrato locatício quando único e utilizado pela entidade familiar para fim residencial'. (AC n. 2008.069706-5, Rel. Des. Fernando Carioni, DJ de 17-12-2009)." (AC n. 2007.010158-5, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 30-8-2011) (Apelação Cível n. 2008.015983-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Carlos Prudêncio)

Na 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina também já houve recente decisão no sentido de negar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador. A decisão teve como relator o Desembargador Fernando Carinoni.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIADOR. PENHORA RECAÍDA SOBRE O ÚNICO IMÓVEL RESIDENCIAL. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. AFRONTA AO DIREITO FUNDAMENTAL DA MORADIA E DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. EXEGESE DO ARTIGO 1º DA LEI N. 8.009/1990 E ARTIGOS 5º E 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. A exceção à regra da impenhorabilidade contida no art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990, por obrigação decorrente de fiança prestada em contrato de locação, fere o princípio da isonomia e o direito fundamental à moradia, insculpido no art. 6º da Constituição Federal, motivo pelo qual deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel pertencente ao fiador de contrato locatício quando único e utilizado pela entidade familiar para fim residencial. (Agravo de Instrumento n. 2011.020967-1, de Blumenau, rel. Des. Fernando Carioni, DJ 30/09/2011).

No mesmo sentido a decisão da quarta Câmara de Direito Civil de referido Tribunal, do ano de 2008.

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - PROCESSO MOVIDO CONTRA LOCATÁRIA E FIADOR - PENHORA DE ÚNICO IMÓVEL DO GARANTE - IMPENHORABILIDADE AFASTADA EM 1º GRAU - INCONFORMISMO - DESCUMPRIMENTO DO ART. 526, CAPUT, DO CPC - INOBSERVÂNCIA COMPROVADA PELO AGRAVADO EM CONTRAMINUTA - IRRELEVÂNCIA - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E PREVALÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA - ART. 6º DA CF/88 - PENHORA DE IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR LOCATÍCIO - INADMISSIBILIDADE - IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA - OBRIGAÇÕES DE LOCATÁRIO E LOCADOR COM MESMA BASE JURÍDICA - TRATAMENTO DESIGUAL - CONTRARIEDADE AO DIREITO À MORADIA E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - DECISÃO REFORMADA - AGRAVO PROVIDO. Argüido e provado pelo agravado o descumprimento processual do art. 526, caput, o agravo de instrumento não deve ser recebido. Entretanto, em hipóteses excepcionais como a do caso sub judice, prestigiando-se o direito constitucional à moradia e sendo matéria de ordem pública (impenhorabilidade de bem de família), deve ser conhecido o pleito recursal. Em observância ao direito constitucional à moradia e ao princípio da isonomia, é impenhorável, por ser bem de família, o único imóvel residencial do fiador locatício, mormente quando o locatário possui numerosos bens. (Agravo de Instrumento n. 2007.055400-9, de Chapecó, rel. Des. Monteiro Rocha, DJ18/12/2008).

Posicionamento interessante foi o adotado no julgado a seguir.



APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE DE IMÓVEL DE FIADOR (ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90, INSERIDO PELO ART. 82 DA LEI N. 8.245/91). POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO, CONTUDO, QUE NÃO PODE DECORRER DE MERA GARANTIA DE FIANÇA, MAS DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO FIADOR QUE, ASSIM PROCEDENDO, RENUNCIA À IMPENHORABILIDADE. INEXISTÊNCIA, IN CASU, DE TAL PROCEDIMENTO. PRIMAZIA DO DIREITO SOCIAL À MORADIA CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO (ART. 6º). "[...] Em se tratando de bem imóvel, sendo o mesmo residência da família, ao fiador se estende a impenhorabilidade do único bem imóvel que sirva de residência familiar tendo em vista o fim social da Lei n. 8.009/90 e a afronta do art. 82 da Lei n. 8.245 ao valor fundamental de preservação da dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF) ao princípio da isonomia (art. 5º da CF)" (José Rogério Cruz e Tucci, in A penhora e o bem de família do fiador da locação, Ed. RT, 2003, p. 117-118) (...)". PEDIDO PREJUDICADO. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2007.005313-6, de Chapecó, rel. Des. Cesar Abreu)

Esta decisão merece apreciação, pois o órgão julgador (Câmara Especial de Chapecó) levantou uma questão interessante. Na realidade do País, a maioria dos fiadores não possuem conhecimento da possibilidade de penhora do seu único bem de família.

Referido acórdão traz duas situações, se no contrato estiver expressamente prevista a renúncia a impenhorabilidade do bem de família por parte do devedor, poderá este bem ser penhorado sem maiores problemas, já que o seu titular renunciou ao direito que lhe cabia. Contudo, sendo o contrato omissivo, a possibilidade de penhora não pode resultar da simples celebração do contrato de fiança.

Assim, a penhora do único bem de família do fiador não pode ser resultado automático do contrato de fiança, deverá vir através de cláusula expressa no contrato, para que o fiador tenha conhecimento inequívoco das conseqüências que a fiança pode trazer em seu patrimônio.

Vale transcrever trecho do acórdão sob análise.

A realidade nos demonstra que geralmente sem ter conhecimento do inadimplemento prolongado do afiançado, executado fiado, ele vê seu imóvel penhorado sem a possibilidade de chamar ao processo o afiançado, considerando que em execução essa forma de intervenção não é possível. A isso se acrescente que, geralmente, o fiador por força do contrato assinado, abriu mão do benefício de ordem (art. 1.492, inc. I, do CC). A indicação de fiador com imóvel conduz à interpretação de que todo fiador tem o dever de saber que, a partir dessa condição, sua residência esta colocada como garantia, sendo bem passível de eventual execução. Essa, porém, não é a realidade. Conseqüentemente, os fiadores, comumente vinculados afetivamente ao locatário e não ao locador, sentem-se injustiçados quando ficam na iminência de perder seu único bem imóvel residencial em decorrência da dívida de seu afiançado. E a situação é pior



quando o próprio afiançado possui bem imóvel penhorável. Processualmente a situação para o fiador é desvantajosa. Não pode o locatário ser chamado a juízo na execução se não foi incluído pelo credor legitimado passivo porque a lei processual veda seu ingresso mediante intervenção provocada e, conforme já se referiu, geralmente nos contratos de locação o fiador adere à cláusula em que se apresenta como devedor solidário e principal pagador, abrindo mão do benefício de ordem (art. 1.492, incs. I e II, do CC). (Apelação Cível n. 2007.005313-6, de Chapecó, rel. Des. Cesar Abreu).

Outra questão de relevo é que o processo de execução não traz muita possibilidade de discussão, assim, executado pelo credor que não coloca no pólo passivo o locatário, deverá o fiador responder pelo débito sozinho, sem possibilidade de maiores argumentos de defesa. E, pagando o débito, nunca poderá penhorar o imóvel residencial do locatário, se este tiver, eis que encoberto pela proteção da impenhorabilidade.

Colhe-se também decisão no sentido de reconhecer a impenhorabilidade do bem de família no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES - APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - PENHORA - IMÓVEL DO FIADOR - BEM DE FAMÍLIA - DIREITO À MORADIA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E IGUALDADE - IRRENUNCIABILIDADE. A partir da Emenda Constitucional nº. 26/2000, a moradia foi elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao imóvel do fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito. Em respeito ao princípio da igualdade, deve ser assegurado tanto ao devedor fiador quanto ao devedor principal do contrato de locação o direito à impenhorabilidade do bem de família. Por tratar-se de norma de ordem pública, com status de direito social, a impenhorabilidade não poderá ser afastada por renúncia do devedor, em detrimento da família (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Número do processo: 1.0480.05.076516-7/002(1), Relator: D. VIÇOSO RODRIGUES, Relator do Acórdão: FABIO MAIA VIANI, Data do Julgamento: 19/02/2008, Data da Publicação: 13/03/2008).

Em referido julgado, os desembargadores entenderam que impossível é a renúncia do fiador a um direito que lhe é fundamental, garantido pela Constituição Federal, o direito a moradia.



5 CONCLUSÃO

Assim, percebe-se que o embate sobre o tema ainda persiste, e apesar de já ter sido objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, ainda não há consenso entre os doutrinadores e Tribunais.

Para os que defendem a constitucionalidade do inciso VII, artigo 3º da Lei nº 8009/1990, não há qualquer problema em penhorar o bem de família do fiador, haja vista que se obrigou no contrato de fiança e deve arcar com as conseqüências.

Ainda, impossibilitando a penhora do bem da família, o mercado imobiliário ficaria muito prejudicado, ocasionando uma dificuldade imensa das pessoas que não possuem casa própria, de exercerem o seu direito a moradia.

Doutra parte, vêm os que entendem pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, eis que viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade, já que dispensa um tratamento diferencial para as pessoas na mesma situação.

Além do mais, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, já que possibilita a penhora do único imóvel residencial do fiador, contrariando o direito constitucional à moradia.

Outro ponto a ser ressaltado, é que o contrato de fiança recebe um tratamento desigual, na medida em que é contrato acessório, não devendo o fiador responder pela obrigação em proporção maior ao locatário, tendo em vista, que não terá direito regressivo, e nunca poderá ver penhorado o bem de família do mesmo.

Assim, em análise atenta aos dois pontos de vista abordados no presente artigo, conclui-se pela inconstitucionalidade do inciso VII, artigo 3º da Lei nº 8009/1990, que traz uma exceção a impenhorabilidade do bem de família, com o intuito de proteger o credor, contudo, olvida de proteger um dos bens mais preciosos, asilo da família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8009/90**. 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Vade Mecum Acadêmico de Direito, 14ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 891.290/RJ, quinta turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 12/05/2008, p. 1. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/602651/recurso-especial-esp-891290-rj-2006-0213761-8-stj>



BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 407688, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 07/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28+407688%2E%2E+OU++407688%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 8ª ed, rev. atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família, 7ª ed, rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 14 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Agravo de Instrumento 1.0480.05.076516-7/002, Rel. Des.(a) D. Viçoso Rodrigues, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/02/2008, publicação da súmula em 13/03/2008. Disponível em :

<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0480.05.076516-7%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Ação Rescisória 870936-2, da 11ª C. C.Cível em Composição Integral. Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Augusto Lopes Cortes - Unânime - J. 23.05.2012. Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11282433/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-870936-2#>

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2008.015983-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Carlos Prudêncio. DJ 29/05/2012. Disponível em http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento n. 2011.020967-1, de Blumenau, Relator: Des. Fernando Carioni. J. 20 de setembro de 2011. Disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000IG4S0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3776944&pdf=true>

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento n. 2007.055400-9, de Chapecó, rel. Des. Monteiro Rocha, DJ18/12/2008). Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000AQ360000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1222044&pdf=true>

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2007.005313-6, de Chapecó, Relator designado: Des. Cesar Abreu. J. 26 de novembro de 2009. Disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010009CZD0000&>



nuSeqProcessoMv=41&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2054407&pdf=true>,

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22^a ed. São Paulo: Melheiros Editores LTDA, 2003.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO. José Fernando. **Direito Civil, volume 5: direito de família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **A penhora do bem de família do fiador: o debate continua**. Disponível em : <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos>>. Acesso em 10 de agosto de 2012.

