

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

MARIANA HAMMERSCHMIDT KOLB CARNEIRO

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA
PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATOS DE
LOCAÇÃO

CURITIBA
2014

MARIANA HAMMERSCHMIDT KOLB CARNEIRO

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA
PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATOS DE
LOCAÇÃO

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do Curso de Direito na Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Paraná

Orientador: Manoel Caetano Ferreira Filho

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA HAMMERSCHMIDT KOLB CARNEIRO

**Considerações acerca da (in)constitucionalidade da penhorabilidade
do bem de família do fiador em contratos de locação**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de
Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte
banca examinadora:



MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO
Orientador

Coorientador



EDUARDO TALAMONI
Primeiro Membro



NELIPE FRANK
Segundo Membro

A Deus, sobretudo, por jamais desistir de mim...
À minha mãe, pelos inúmeros sacrifícios...
A meu pai, por ser meu porto seguro...
A meu marido, pelo carinho e paciência...
A meu filho, simplesmente por existir e ser a razão
da minha vida...

RESUMO

A dignidade da pessoa humana é o princípio que rege a Constituição Federal de 1988 e é baliza para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Tendo esse princípio como premissa e utilizando o exemplo do *homestead* norte americano, a Lei 8.009/90 foi promulgada para a defesa da família e seus integrantes. O bem de família, patrimônio mínimo impenhorável destinado a salvaguardar a dignidade do indivíduo e de sua família, possuía exceções que justificavam a sua implantação. Entretanto, em prol de interesses econômicos, em especial das empresas de locação de imóveis, através da Lei 8.245/91, uma nova exceção foi inserida, tornando penhorável o bem de família do fiador em contratos de locação. Ainda que contrariando preceitos constitucionais – o princípio da isonomia, o direito à moradia e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, essência da própria Lei 8.009/90 – essa ressalva legal foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, tornando-se assunto pacificado pela maior instância do poder judiciário. Todavia, considerando a flagrante inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90 e os fundamentos que deixaram de ser avaliados pelo Supremo Tribunal Federal no referido julgamento, critica-se a forma pela qual esse precedente pacificou a matéria, desconsiderando outras formas de garantias do contrato de locação.

Palavras-chave: bem de família, contrato de locação, fiança, impenhorabilidade.

ABSTRACT

The dignity of human person is the principle that rules the Federal Constitution of 1988 and measure of all Brazilian Law. With this principle as assumption and using the north American homestead example, the Law 8.009/90 was enacted to the family defense and its members. The homestead, unseizable minimum patrimony intended to safeguard the individual's dignity and his family's, had exceptions that justified its implementation. However, for the sake of economic interests, specially of the properties leasing companies, through the Law 8.245/1991, a new exception was insert, making attachable the guarantor's homestead in property lease agreements. Even breaking constitutional precepts – the principle of equality, the housing right and, mainly, the principle of human dignity, essence of the Law 8.009/90 – this legal exception was accepted by Supreme Court of Justice, through the Extraordinary Appel n° 407.688-8, becoming pacified subject on the Federal Supreme Court. But, due to the blatant unconstitutionality of the article 3, item VII, of Law 8.009/90 and the fundamentals that were no longer evaluated on the judgement, criticism rise up against the way that this precedent pacified the issue, excluding the others guarantees in lease contracts.

Key words: homestead, lease contract, bail, unseizability.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	ORIGEM E CONCEITUAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	9
2.1	HOMESTEAD E OS PRIMÓRDIOS DO INSTITUTO BEM DE FAMÍLIA..	9
2.2	CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA E REGULAMENTAÇÃO PELO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	11
2.3	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI 8.009/1990.....	16
3	O BEM DE FAMÍLIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL..	25
3.1	A PRIMAZIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIRETO CIVIL.....	25
3.2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO BEM DE FAMÍLIA.....	29
3.2.1	A dignidade da pessoa humana e a tese do patrimônio mínimo.....	30
3.2.2	A emenda constitucional 26/2000 e o direito à moradia	32
3.2.3	Princípio da isonomia	34
3.3	CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	38
4	CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407/688-8 E AS GARANTIAS ALTERNATIVAS DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO.....	40
4.1	O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407/688-8	40
4.2	GARANTIAS DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO.....	44
4.3	AS MODALIDADES ALTERNATIVAS À FIANÇA	46
5	CONCLUSÃO	48
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Nascida de uma necessidade social latente, foi através do *homestead* norte americano que a ideia da proteção de um patrimônio mínimo que assegurasse ao ser humano uma existência digna conformou-se e logo se espalhou por todo o mundo. No Brasil, o Instituto foi inicialmente recepcionado pelo Código de 1916 – bem de família voluntário –, todavia a sua efetivação só veio a se aproximar com o advento da Constituição Federal de 1988 e se concretizar, em função de um contexto agravado por uma economia em colapso, com a promulgação da Lei 8.009/90.

A Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família foi uma conquista social que trouxe segurança às famílias brasileiras, fazendo com que não corressem mais riscos de uma existência miserável em decorrência de possíveis percalços financeiros que viessem a enfrentar. Um marco que veio a assegurar a Constituição Federal através de seu princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, com essa limitação da penhora dos bens do indivíduo, o mercado imobiliário reagiu. Os fiadores, principal garantia adotada nos contratos de locação, após a promulgação da lei, viram seus bens de família salvaguardados de eventuais execuções movidas à inadimplência do locatário. Os locadores, normalmente representados pelas empresas imobiliárias, assim, passaram a exigir dos fiadores mais de um imóvel, para que dispusessem de ao menos um passível de penhora. Ignorando, então, todas as demais modalidades de garantia estabelecidas, trataram de pressionar o legislativo em prol de seus interesses. Em 18 de outubro de 1991, foi, então, promulgada a Lei 8.245, que inseriu mais uma exceção ao ordenamento e permitiu a penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação.

Considerando que uma norma infraconstitucional que privilegie a saúde econômica em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana não deveria ser recepcionada pelo ordenamento jurídico nacional e, mesmo que o fosse, deveria ser afastada pelo STF ao constatar sua inconstitucionalidade, não é isso o que se observa, hoje, em relação a essa nova exceção introduzida no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90.

A possibilidade de o fiador ter o seu único bem imóvel, moradia de sua família, penhorado, não está em consonância com o que apregoado pela Constituição de 1988, atritando-se a diversos princípios, conforme se demonstrará.

O que se pretende com este trabalho é a abordagem de apenas uma fração do instituto bem de família, relacionada à exceção trazida pela Lei do Inquilinato com o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, que diz respeito à penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação. Através de uma discussão crítica, busca-se apontar o desacordo da Lei com a Constituição Federal em diversos pontos, em especial com os princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e direito à moradia.

Ambiciona-se, ainda, questionar o posicionamento pacificado do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, que se construiu no sentido de afirmar a validade da penhorabilidade do bem de família do fiador, apoiada em questões que mais giram em torno do interesse econômico que social.

Por fim, intenta-se demonstrar que, no caso de a jurisprudência, acertadamente, mudar o seu entendimento a respeito do assunto – reconhecendo a inconstitucionalidade da exceção em discussão – outras formas legais de garantia poderão ser utilizadas com propriedade em maior escala para garantir o contrato de locação, tendo em vista uma possível queda inicial na utilização do papel do fiador como garantidor.

2 ORIGEM E CONCEITUAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 *HOMESTEAD* E OS PRIMÓRDIOS DO INSTITUTO BEM DE FAMÍLIA

O conceito de bem de família, como instituto a ser estudado neste trabalho, teve as suas origens no direito norte americano, mais especificamente na República do Texas, regulamentado pela lei de 26/01/1839 (*Homestead Exemption Act*), com os *homesteads*, que seriam as pequenas propriedades agrícolas, destinadas à família e sua moradia, com finalidade específica de sua proteção.

Independentes da Inglaterra, os colonos que vieram povoar as terras dos Estados Unidos começaram desenvolver de maneira intensa a agricultura e o comércio em terras americanas. Vendo nesse aquecimento econômico uma oportunidade de grandes lucros, bancos europeus começaram a se instalar pela região, fomentando o desenvolvimento através de empréstimos.

Por volta de 1830, segundo Azevedo (2010, p. 12), em decorrência de operações de empréstimos cada vez mais onerosas e frequentes, e, em consequência, da emissão de quantias cada vez maiores de cédulas, o dinheiro difundido no mercado já não mais refletia o seu lastro em ouro nas casas de crédito.

Assim, iniciada com a falência de um dos grandes bancos de Nova York em 1837, sobreveio uma crise econômico-financeira que afetou toda a população norte americana entre os anos de 1837 a 1839. O dinheiro emitido, devido à referida incompatibilidade com o lastro, desvalorizou-se consideravelmente, chegando essa perda a 80%. Os valores das mercadorias dispararam e os metais desapareceram do mercado. Um grande número de penhoras foram realizadas sobre terras, animais e instrumentos agrícolas. Portanto, na medida em que os bens perdiam o seu valor em função da crise, diversas famílias observavam-se em completo desamparo. AZEVEDO, 2010, p.13).

Neste ínterim, após a independência do Texas do território mexicano, as terras texanas tornaram-se um grande atrativo para aqueles americanos que, desiludidos com a sua situação em território americano, viram nelas a oportunidade de restabelecer suas famílias e lares, dado as vantagens e benefícios ofertados pelo

novo governo. Assim, a população texana, de 1836 a 1840, passou de 70 mil a 250 mil habitantes, sendo que a grande maioria era constituída de imigrantes americanos (AZEVEDO, 2010, p. 14).

A concretização do instituto do *homestead* ocorreu em 26 de janeiro de 1839, com a promulgação da Lei do *Homestead*. Segundo esta norma:

será reservado a todo cidadão ou chefe de família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de *feri facias* ou outra execução, emitido de qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas as ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio e profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, 20 porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora (Digest of the Laws of Texas, § 3.798) (AZEVEDO, 2010, p. 14/15)

Infere-se, portanto, que o objetivo do *homestead* era garantir o mínimo para a subsistência do cidadão e de sua família, fazendo com que estes permanecessem em terras texanas, povoando-as.

A ideia do *homestead* se manteve, mesmo após a recepção do Texas pelos Estados Unidos, em 1945, agregando-lhe atribuições. Determinou-se, por exemplo, na Constituição do Estado a criação de uma lei que eximiria de execução a propriedade rural não maior que dois mil acres, ou de terras urbanas que não valessem mais de dois mil dólares, pertencentes ao chefe de família (AZEVEDO, 2010, p. 15). O instituto, por fim, acabou se perpetuando para as Constituições texanas que se seguiram.

A partir disso, gradativamente, o *homestead*¹ foi incorporado por diversos outros estados americanos, todos com suas peculiaridades quanto à maneira de ser

¹ Lembra Álvaro Villaça de Azevedo (2010, p. 16/17), que, concomitantemente a esse *homestead*, dito estadual, instaurou-se a partir de 1962 uma modalidade de *homestead* federal que atribuía o direito de preferência ao ocupante da terra pública em adquiri-la. A finalidade desse instituto seria a ocupação do território colonizado da América do Norte. Através dessa lei, o cidadão americano ou naturalizado, chefe de família com 21 anos ou mais, que não houvesse prestado auxílio aos inimigos americanos ou portado armas contra seu Governo, teria o direito de receber uma gleba de 80 ou 160 acres do Domínio Público. Permanecendo, então, nesta terra por mais de cinco anos, receberia seu domínio definitivo. Defendia essa lei, também, “o colono da execução por dívidas anteriores ao recebimento do título de domínio da gleba”, todavia ficava desprotegido após a concessão.

adquirido, a pessoa que dele pode ser beneficiária, o tamanho do território protegido e o limite do seu valor, mas convergindo todos na isenção do seu privilegiado da penhora de um patrimônio mínimo, a fim de preservar sua subsistência e de sua família.

Durante todo o século XX, por fim, grande parte do mundo civilizado acabou recepcionando o instituto do *homestead*. Foi na França, com sua adesão em 1909, entretanto, que o instituto recebeu o nome de *Bien de Famille* (NETO, 2013, p. 09).

2.2 CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA E REGULAMENTAÇÃO PELO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Como já relatado, o conceito de bem de família deriva do *homestead* promulgado pelo Estado do Texas decorrente de uma necessidade da sociedade pela proteção da figura da família e de sua residência.

Aderido por grande parte das nações, no Brasil o bem de família foi recepcionado pelo Código Civil de 1916, mas dependia da voluntariedade do proprietário para declará-lo como tal.

O referido Código Civil, em seu artigo 70, discorria que:

Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Era o primeiro passo do instituto bem de família no sistema jurídico brasileiro. Todavia, essa concepção foi mantida e aprimorada pelo Código Civil que o seguiu. Em seu teor, o Código Civil de 2002 descreve o bem de família como sendo “prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças 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”², este

² Artigo 1.712 do Código Civil de 2002, não podendo os valores mobiliários, conforme artigo 1.713, “exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição.”

“isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.”³

Todavia, vale destacar a redação do artigo 1º da Lei 8.009/1990, que instituiu o bem de família legal e conferiu proteção à pessoa humana e sua família independentemente de qualquer formalidade:

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

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Para além dos dispositivos legais, vários doutrinadores se manifestaram a respeito do assunto. A seguir, estão expostos alguns dos conceitos que foram delineados a respeito do assunto.

De acordo com Álvaro Villaça de Azevedo, o bem de família “é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (2010, p. 80).

Paulo Lôbo, por sua vez, define o instituto como:

o imóvel destinado à morada da família do devedor, com os bens imóveis que o guarnecem, que não pode ser objeto de penhora judicial para pagamento de dívida. Tem por objeto proteger os membros da família que nele vivem da constrição decorrente da responsabilidade patrimonial, que todos os bens econômicos do devedor ficam submetidos, os quais, na execução, podem ser judicialmente alienados a terceiros ou adjudicados ao credor. O bem ou os bens que integram o bem de família ficam afetados à finalidade de proteção da entidade familiar (LÔBO, 2012, p. 397)

Caio Mário da Silva Pereira, ao traçar a natureza jurídica do instituto do bem de família, retrata que “a instituição do bem de família é uma forma de afetação de bens a um destino especial que é ser residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio.” (2009, p. 594), e continua:

³ Artigo 1.715 do Código Civil de 2002

Não se verifica uma transmissão (salvo constituição por terceiro), porque a coisa não sai da propriedade do *pater familias*, e não ocorre a criação de um condomínio, pela razão de nenhum dos membros do grupo familiar ter uma quota ideal do imóvel. Se se atentar a sua extinção, da mesma forma que esta pode ser declarada a requerimento dos interessados, se o bem tiver deixado de preencher o requisito de sua destinação, concluir-se-á que não sofre a coisa, como objeto de relação jurídica, uma alteração essencial na sua natureza. É, e continua sendo objeto do direito de propriedade do instituidor, mas afetado a uma finalidade, *sub conditione* da utilização como domicílio dos membros da família (PEREIRA, 2009, p. 594).

Em suma, o bem de família é o instituto definido por lei cujo objetivo principal é, sem maiores dúvidas, a proteção da família e a sua vivência de maneira digna, independentemente dos reveses econômicos ou financeiros aos quais pode ser atingida.

Dessa forma, só se constituirá plenamente o bem de família, quando este atingir toda a população, indistintamente, sem maiores formalidades, uma vez que é um dos direitos de personalidade inerente à pessoa humana, tanto como pressuposto do direito à integridade física, como elemento de integridade moral.

A primeira vez que a ideia de proteção ao bem de família veio à tona dentro da esfera do direito brasileiro foi no projeto de Código Civil apresentado em 1893 por Coelho Rodrigues, em seus artigos 2.079 a 2.090.

O projeto de Clóvis Beviláqua, por sua vez, a princípio, nada trouxe a respeito do assunto, o que foi tratado posteriormente por emenda proposta pelo senador Fernando Mendes de Almeida em dezembro de 1912, sendo, então, incorporado o instituto no Código Civil de 1916. Num primeiro momento, a sua inserção foi feita na Parte Geral do Código, no Livro das Pessoas, entretanto, após algumas discussões que se desencadearam, foi realocado ao Livro dos Bens, regulamentado pelos artigos 70 a 73, conforme se observa a seguir:

Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.

Parágrafo único. A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexecúvel em virtude de ato da instituição.

Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais.

Art. 73. A instituição deverá constar de instrumento publico inscrito no registro de imóveis e publicado na imprensa e, na falta desta, na da capital do Estado.

A maneira como foi tratado o bem de família na Lei, entretanto, ensejou algumas críticas.

Um dos questionamentos surgidos foi o de que o próprio instituto poderia se tornar uma ameaça à família à qual se comprometia proteger. Na medida em que o bem de família se tornava inalienável, este não poderia ser vendido nem mesmo a fim de suprir alguma necessidade grave e urgente do ente familiar. Álvaro Villaça de Azevedo, sobre o assunto, discorre:

É o que se inferia da leitura dos arts. 70 a 73 do Código Civil de 1916, que, procurando demonstrar que determinado imóvel, gravado com cláusula de inalienabilidade, podia garantir o domicílio familiar, tornando-o incólume aos reveses da própria vida, acabava por deixar patente que não andou bem o legislador. (AZEVEDO, 2010, p. 70)

Também, de acordo com Araken de Assis (2009, p.13), o Código de 1916 “filiou-se à espécie ‘formal’ do instituto” uma vez que para além do fato de o beneficiário dever residir no imóvel protegido, havia a exigência de uma declaração expressa⁴ do proprietário quanto ao interesse de salvaguardar um imóvel como bem de família. Esse formalismo, em última instância, fez com que o *homestead* não se efetivasse plenamente dentro da legislação da época, apesar de sua importância intrínseca. O instituto, como apresentado, foi lançado “à vala da ‘aplicação raríssima’.” (ASSIS, 2009, p.14).

Segundo, ainda, Azevedo, é característica do instituto bem de família a proteção da célula familiar, e é nesta onde se edifica o Estado. Para ele, o Código Civil de 1916 acabou depositando no indivíduo a responsabilidade tão-somente estatal de preservação da família. Assim, portanto, não é “de aplaudir-se quando no caso sub examine, o próprio Estado, por força desses dispositivos de lei, transfere ao particular (cônjuges ou conviventes) encargo de tamanho realce, como se a vontade e o cuidado particulares se confundissem com os do Poder Público” (AZEVEDO, 2010, p. 70). Ressalta, por fim, que “não pode o Estado negar à família uma proteção

⁴ Essa declaração expressa consistia na elaboração de uma escritura pública devidamente registrada em um Cartório de Registro de Imóveis.

sólida por meio de um eficaz ordenamento jurídico, pois que mais lhe cabe responsabilidade nesse sentido do que ao indivíduo.” (AZEVEDO, 2010, p. 71).

Infere-se, destarte, que, da maneira como foi apresentado, o bem de família dentro do Código Civil de 1916 teve uma aplicação bastante ínfima, restringindo-se àqueles que possuíam a instrução bastante para reservar um bem a fim de se protegerem, e à sua família, contra possíveis reveses financeiros. Dessa forma, a finalidade do instituto, que seria a proteção de um patrimônio para a vivência digna do ser humano, estaria distorcida, visto que muito poucos conseguiriam a sua efetivação.

O atual Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) apresentou, em seu artigo 649, o rol de bens que definiu como absolutamente impenhoráveis. Em seu inciso I, faz menção ao bem de família, ratificando o que foi trazido pelo Código Civil quanto à proteção do instituto em sua modalidade voluntária, dependente do apontamento de seu beneficiário para este fim, de acordo com as formalidades legais: “Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução”.

Com o advento do Código Civil de 2002, por sua vez, o bem de família é inserido na Parte Especial, no Livro do Direito da Família, em seus artigos 1.711 a 1.722. De acordo com Assis, o instituto foi atualizado, em relação ao que disposto no Código Civil anterior, caracterizado por disciplina minuciosa. Entretanto, seus traços gerais foram preservados (ASSIS, 2009, p. 15).

O conceito de família, por exemplo, foi alargado, para além da expressão “cônjuges” trazida pelo Código Civil de 1916⁵. Assim, as uniões estáveis, as famílias mono parentais, as pessoas solteiras, enfim, todas as entidades familiares tornaram-se detentoras do direito ao bem de família.

De acordo com Azevedo:

Assim, pelos conceitos expendidos e em face de lei, inclusive da Constituição de 1988, destacam-se os elementos que, integrados, oferecem a noção do instituto estudado: os cônjuges ou a entidade familiar, por si ou individualmente, que o constituem ou um terceiro (art. 1.711); o prédio de propriedade do instituidor, e sua destinação ao domicílio familiar, ficando isento de execução por dívidas posteriores à instituição, com exceção dos tributos que recaírem sobre o mesmo prédio ou de despesas condominiais (art. 1.715 do Código Civil); a imutabilidade da destinação

⁵ Antevisto, todavia, pelo texto constitucional de 1988.

acima dita e a inalienabilidade do referido prédio, sem o consentimento dos interessados (art. 1.717 do Código Civil), e a publicidade no Registro de Imóveis (art. 1.714 do Código Civil). (2010, p. 80/81)

Assim, o que se infere é que o bem de família a ser tratado pelo Código Civil de 2002 ainda é o bem de família voluntário, aquele em que o indivíduo deve se dispor a destacar determinado bem para ser considerado como bem de família, o qual deve ser levado a registro no Serviço de Registro de Imóveis.

O bem de família tutelado pelo Estado a fim de assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do patrimônio familiar veio a existir somente após a Constituição Federal de 1988, com a Lei 8.009/90⁶, que acabou com a formalidade excessiva exigida pelo direito civil, expandindo a sua esfera de abrangência a todos os indivíduos regidos pelo direito nacional. É o que será observado a seguir.

2.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI 8.009/1990

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não só com relação especificamente ao bem de família, mas abrangendo todo o direito civil, iniciou-se uma releitura dos institutos do direito nacional, esta mais humanizada, voltada aos direitos sociais, superando, assim, o caráter predominantemente patrimonialista que prevalecia.

No que tange o instituto do bem de família, ocorreram algumas ampliações conceituais, como, por exemplo, a possibilidade de qualquer um dos cônjuges instituí-lo⁷, todavia este ainda estava encarcerado dentro das formalidades impostas pela legislação vigente. De acordo com Cáo Mário da Silva Pereira, o instituto, “seguindo a orientação da Carta Magna de 1988, assumiu as regras e princípios relativos à sociedade conjugal” (PEREIRA, 2009, p. 595).

⁶ O Código Civil de 2002 assegura a existência de Lei Especial a tratar da impenhorabilidade do bem de família, em seu artigo 1.711: “Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, **mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.**” (grifo nosso).

⁷ A Lei 8.009/1990 veio a ratificar esse entendimento, fazendo-o abranger, para além disso, a entidade familiar como um todo.

Segundo Azevedo, após a Constituição de 1988, a constituição do bem de família se consubstanciou conforme o que a seguir descrito:

(...) os cônjuges ou os conviventes, por si ou individualmente, podiam constituir-lo, por imóvel, de propriedade do instituidor, que devia ser destinado ao domicílio familiar, de modo imutável, ficando inalienável, sem o consentimento dos interessados, quando possível, e isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, com exceção dos impostos que recaíssem sobre o mesmo prédio; o instituidor devia estar solvente no momento da instituição; devendo, ainda, ser dada publicidade à criação do bem de família, nos moldes rituais e solenes estabelecidos na legislação vigente à época. (AZEVEDO, 2009, p. 70)

Entretanto, mesmo após essa mudança de ideário trazido pelo pálio constitucional, o bem de família ainda era marcado por um extremo formalismo, o que o afastava da comunidade civil em sua completude. Portanto, o Direito Civil, marcado pelo viés voluntário do bem de família, ainda era um obstáculo para a concretização da finalidade do instituto, o que viria a acontecer, apenas, em 1990, com a promulgação da lei que trataria o tema de maneira específica.

O Brasil, em meados dos anos 80/90, no plano da Economia Nacional, assistia à derrocada de suas medidas econômicas, a ineficácia de novos planos de melhoria e a destruição generalizada causada pela inflação galopante acometida em todo o território pátrio. Muitos devedores se encontravam incapacitados de honrar frente a instituições bancárias e financeiras e pessoas jurídicas de direito público os compromissos previamente assumidos, tendo em vista os índices distorcidos e absurdos por estes repassados na cobrança de seus créditos. (VASCONCELOS, 2002, p. 153/154)

No final do governo de José Sarney, em 08.03.1990, foi editada a Medida Provisória nº. 143/90, que foi uma medida de considerável alcance social e trouxe à população, frente às dificuldades econômicas enfrentadas, uma providência a enfrentar a ameaça à estabilidade social e assegurar a dignidade da pessoa humana (VASCONCELOS, 2002, p. 154).

Segundo Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos:

Diminuiu sensivelmente, com a adoção de tal medida, a angústia dos devedores envolvidos em compromissos quase impossíveis de serem solvidos, e o restabelecimento da tranquilidade e do equilíbrio emocional permitiu que novas propostas fossem formuladas junto aos credores, acomodando as situações antes desesperadoras, e ensejando novas negociações para o pagamento das dívidas. (2002, p. 154)

Originada dessa Medida Provisória, a Lei 8.009/90 veio a estruturar o bem de família que atingiu, enfim, a finalidade precípua do instituto, que seria assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana.

O legislador promoveu a ampliação, assim, da incidência do instituto em prol do interesse público da tutela da dignidade do devedor e de sua família, eliminando a necessidade da publicidade do imóvel a ser instituído como bem de família⁸. Também, fez com que a restrição de inalienabilidade – trazida pelo Código Civil de 1916 – findasse (VASCONCELOS, 2002, p. 44)

De acordo com Rainer Czakowski, a proteção ao bem de família tem fundamento:

em razões de ordem sociológica e moral, garantindo às famílias daqueles em dificuldades econômicas para saudar as suas dívidas, condições mínimas de sobrevivência digna, como também a salutar continuidade do exercício profissional. Procura-se evitar que o credor, usando da lei e da estrutura judiciária para a satisfação de um crédito – um direito de simples expressão pecuniária – chegue ao extremo ético de condenar o devedor com sua família à fome, ao desabrigo e à miséria. (1993, p. 10/11)

Assim, após a Lei 8.009/90, de acordo com Azevedo, o bem de família ficou caracterizado como “o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência impenhoráveis por determinação legal não por iniciativa do proprietário ou do possuidor” (AZEVEDO, 2010, p. 158). Segundo o autor, depreende-se desse conceito que:

o instituidor é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar. Nessa lei emergencial, não fica a família à mercê de proteção por seus integrantes, mas **é defendida pelo próprio Estado**, de que é fundamento” (AZEVEDO, 2010, p. 189, grifo nosso).

⁸ O bem de família, segundo Álvaro Villaça de Azevedo (2010, p. 94), é classificado em duas classes, a saber: o bem de família voluntário – que seria o instituto caracterizado pelo conteúdo do Código Civil de 2002, exigindo a declaração de vontade do beneficiário, que deveria levar a registro o imóvel e/ou móveis a serem destinados como bem de família – e o bem de família involuntário – instituto tratado pela Lei 8.009/90, independente da vontade do beneficiário, uma vez que seria tutelado pelo próprio Estado, que garantiria ao seu beneficiário a impenhorabilidade de bem imóvel e/ou móveis identificados por lei como bem de família.

Como entidade familiar⁹, por sua vez, entende-se não somente a família constituída pelo casamento civil, mas também a união estável e a reunião de qualquer dos pais e de seus descendentes. Todavia, a enumeração descrita não é taxativa, uma vez que o nascimento da família é espontâneo, não delimitado pelas balizas acima definidas (AZEVEDO, 2010, p. 191).

Em complemento ao que exposto, resta acertado, também, pela Súmula 364 do Supremo Tribunal de Justiça que: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

Azevedo, em seus estudos, estabeleceu dois requisitos primordiais para a instituição do bem de família, a saber:

- a) o objeto da impenhorabilidade é, principalmente, imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar; bem como os móveis que guarnecem a residência do casal, seja o imóvel próprio ou simplesmente ocupado. b) além da propriedade do imóvel ou de sua posse, é necessário que os membros da família nele residam. (2010, p. 190)

Todavia, o próprio autor traz a ressalva de que a esse último requisito pode haver exceções quando afirma que já se considerou bem de família, portanto, impenhorável, “o único imóvel residencial do devedor, ainda que habitado por seu pai, que faleceu no curso do processo” (AZEVEDO, 2010, p. 191) e que a mesma proteção prevalece quando a família aluga seu único imóvel a terceiro e o valor obtido com o aluguel é destinado exclusivamente à subsistência familiar, sem pretensão lucrativa (AZEVEDO, 2010, p. 195/196).

Vasconcelos, por sua vez, esclarece que, mesmo tendo a Lei 8.009/90 cunhado uma nova modalidade de segurança ao bem de família, ela não veio a revogar o instituto regulado pelo Código Civil, coexistindo, portanto. Possuem princípios semelhantes, mas requisitos diferentes que acarretam efeitos distintos. Assegurando isso, a própria lei faz alusão ao bem de família voluntário, no parágrafo único de seu artigo 5º (VASCONCELOS, 2002, p. 44).

⁹ A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §§ 3º e 4º traz o significado de entidade familiar: art. 226, § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” E § 4º “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Em suma, conforme o que defendido por Genacéia da Silva Alberton, o advento da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma forma de proteção original, independente dos mecanismos do Código Civil. Essa proteção, todavia, “além do caráter assecuratório de um instituto já existente, trouxe em si matizes axiológicos de conteúdo constitucional atendendo um dos princípios fundamentais da Carta Magna, isto é, promover a dignidade da pessoa humana.” (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 118). E é, portanto, a proteção ao princípio da dignidade humana¹⁰ o marco de origem do instituto do bem de família e a sua principal finalidade.

Agregadas a esta lei que confere a impenhorabilidade ao bem de família estão as exceções que imputam ao credor a legitimidade de penhorar bens do devedor, ainda que considerados, em uma análise geral, “de família”:

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

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

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

III - pelo credor de pensão alimentícia;

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

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

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.¹¹

Assim, o regime da impenhorabilidade do bem de família não é absoluto.

A primeira exceção recai na possibilidade de penhora de bem de família para o pagamento dos créditos trabalhistas e previdenciários daqueles que laboram na própria residência do devedor. Essa ressalva somente recai, entretanto, aos trabalhadores domésticos com vínculo empregatício, excluídos os trabalhadores

¹⁰ Coloca, todavia, Rainer Czarowski (1993, p. 82), um ponto de reflexão frente a esse ideário que pauta o bem de família trazido pela Lei 8.009/90 dentro dos limites da proteção da dignidade da pessoa humana ao expor que: “Donde se ver que a dignidade da pessoa humana a ser preservada, como fundamento da aplicação da lei é, por si, argumento falho, já que não poderia sofrer exceções”

¹¹ Considerada neste momento a Lei 8.009/90 com a redação original do ano de sua promulgação. Alterações, tal qual a introdução do inciso VII neste rol de exceções à impenhorabilidade de bens serão consideradas futuramente neste trabalho.

eventuais, como, por exemplo, o diarista, pedreiro, encanador, eletricista, pintor, entre outros.¹²

O inciso II desconsidera impenhorabilidade do bem de família nos casos de dívidas decorrentes da aquisição e construção do próprio imóvel.

O terceiro inciso refere-se ao pagamento de dívidas decorrentes de pensão alimentícia. De acordo com o Informativo nº 503 do STJ:

A pensão alimentícia é prevista no art. 3º, III, da Lei n. 8.009/1990 como hipótese de exceção à impenhorabilidade do bem de família. E tal dispositivo não faz qualquer distinção quanto à causa dos alimentos, se decorrentes de vínculo familiar ou de obrigação de reparar danos. Na espécie, foi imposta pensão alimentícia em razão da prática de ato ilícito – acidente de trânsito –, ensejando-se o reconhecimento de que a impenhorabilidade do bem de família não é oponível à credora da pensão alimentícia.

O inciso seguinte descreve a exceção quanto à impenhorabilidade do bem de família quanto ao pagamento de débitos tributários. A respeito do assunto, o vocábulo contribuições não se encontra na acepção restrita de tributo, de modo que o termo contribuição abrange também as despesas condominiais¹³. Ainda, de acordo com o Informativo 510 do STJ: “A impenhorabilidade do bem de família, conferida pela Lei n. 8.009/1990, não pode ser afastada em cobrança de dívida fundada em contribuições criadas por associações de moradores.”

O inciso V, por conseguinte, refere-se à possibilidade de penhorabilidade do bem de família em execuções de hipoteca incidente sobre o próprio bem. Todavia, quanto a este aspecto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se divide, conforme se observa no Informativo nº 493:

A exceção prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1991, que deve ser interpretada restritivamente, **somente atinge os bens que foram dados em garantia de dívidas contraídas em benefício da própria família**. No caso, a hipoteca foi constituída em garantia de dívida de terceiro, o que não

¹² A respeito disso há o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. BEM IMPENHORÁVEL. ARTIGO 3º, INCISO I DA LEI 8.009/90. MÃO DE OBRA EMPREGADA NA CONSTRUÇÃO DE OBRA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. (Recurso Especial nº 644733 / SC, Rel. MIN. FRANCISCO FALCÃO, julgado em 20/10/2005, DJ 28/11/2005, p. 00197).

¹³ PROCESSUAL CIVIL. DESPESAS CONDOMINIAIS. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/90. EXEGESE. A jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ pacificou-se no sentido da possibilidade da penhora de imóvel que serve de residência à família do devedor para assegurar pagamento de dívida oriunda de despesas condominiais do próprio bem. II. Agravo improvido. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. (AgRg no Ag nº 355145 / SP, Rel. MIN. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julgado em 26/06/2001, DJ 19/11/2001, p. 00286).

afasta a proteção dada ao imóvel pela lei que rege os bens de família. (grifo nosso)

Já com relação ao inciso VI, permitiu a Lei 8.009/90 a penhora do bem de família se o próprio bem fosse adquirido através dos proventos de atividades ilícitas ou como garantia de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento.

Além disso, de acordo com o Informativo 524 do Superior Tribunal de Justiça, “no âmbito de execução de sentença civil condenatória decorrente da prática de ato ilícito, é possível a penhora do bem de família na hipótese em que o réu também tenha sido condenado na esfera penal pelo mesmo fundamento de fato.”.

Todavia, com o advento dessa lei que tornou impenhorável o bem de família, as empresas administradoras de imóveis começaram a exigir em seus contratos de locação que os fiadores constituídos fossem detentores de mais de um imóvel, isso para assegurar, em caso de execução das obrigações locatícias, o pagamento da dívida, sem que pudessem arguir, para tanto, a impenhorabilidade de seu único bem imóvel, considerado bem de família, destinado à sua moradia e de seus familiares (SANTOS, 2011, p. 640).

Assim, o mercado de locação de imóveis acabou sofrendo uma retração, ao restringirem-se o número de fiadores disponíveis, posto que, para as administradoras, nas palavras de Clito Fornaciari Júnior, o fiador que detivesse apenas um imóvel era considerado como inidôneo do ponto de vista econômico, uma vez que poderia pleitear em Juízo a impenhorabilidade de seu imóvel e com isso o locador não teria a satisfação de seu crédito (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 101).

Sob esse pretexto¹⁴, foi promulgada a Lei 8.245/91, que introduziu ao rol de exceções à impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei 8.009/90 um novo inciso: “VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. Com isso, o imóvel destinado à residência do fiador e de sua família passou a ser considerado penhorável em execuções de débitos adquiridos pelo locatário.

Como foi colocado na Lei, esse preceito faz com que, ao se executar o patrimônio do fiador, a este se encontra negado o direito de exigir o benefício da ordem. Dessa forma, executa-se o acessório sem que haja a possibilidade de se executar o principal. Ainda, nessa ótica, é o fiador que é levado à execução, sem

¹⁴ A respeito do assunto discorreu Genacéia da Silva Alberton: “É inegável que a **inserção da obrigação decorrente de fiança como exceção** às hipóteses de proteção ao bem de família **foi direcionada à solução da questão relativa ao mercado de locações.**” ((CRUZ E TUCCI, p. 116, grifo nosso)

que seja possível o próprio devedor ser executado e, mais, não é facultado, também, ao fiador o exercício do direito de regresso contra o locatário que contraiu a dívida (AZEVEDO, 2010, p. 217).

Contra tal disposição colocam-se diversos autores, que entendem como inadequada a inserção deste novo inciso.

De acordo com Czarowski, “de todas as exceções do art. 3º esta parece ser a redigida de forma mais inadequada, por colocar o fiador em situação de inferioridade frente ao próprio afiançado” (1993, p.110). E continua:

A discriminação é ainda mais flagrante se analisado o exercício de direito regressivo por parte do fiador contra o locatário afiançado, em que este goza da proteção legal sobre o bem de família de sua propriedade, que eventualmente tiver, enquanto que o fiador, quando precisou honrar a garantia prestada, teve o mesmo benefício expressamente excluído pela lei. (CZAJKOWSKI, 1993, p. 110/111, grifo nosso)

De acordo com Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos:

(...) a exceção do inc. VII **coloca o fiador em situação escancaradamente inferior em relação ao afiançado**. Lembre-se que até mesmo os móveis que guarnecem a residência do locatário são impenhoráveis (art. 2º, parágrafo único); não há, então, entendimento razoável que justifique a penhorabilidade do imóvel residencial do fiador e de sua família, bem como dos imóveis que os guarnecem. A discriminação é flagrante incompreensível. (VASCONCELOS, 2002, p. 74, grifo nosso)

Completa a autora que “a discriminação é flagrante e incompreensível” (VASCONCELOS, 2002, p. 74).

Segundo Sylvio Capanema de Souza:

A nova exceção, acrescida ao art. 3º da Lei nº. 8009, se impunha, no interesse do mercado, pois estava se tornando quase impossível o oferecimento da garantia da fiança, quando o fiador só dispunha de um único imóvel residencial, que não poderia ser alcançado pela execução. (...) Há uma outra situação absurda. O único imóvel residencial do locatário, que é o devedor principal, estará a salvo da execução, sobre ele não podendo recair a penhora. (2001, p. 646)

A disparidade do conteúdo trazido pelo inciso VII em relação às demais exceções é apontada por Genacéia da Silva Alberto, nos seguintes termos:

Porém, note-se que a inclusão do inciso VII à Lei 8.009/90 se apresenta destoante das demais exceções. Os incisos I a VI colocam como valores a serem preservados e que estariam em patamar superior à proteção do bem

de família, a proteção do crédito trabalhista e de natureza alimentar (incs. I a III), a obrigação decorrente da aquisição do próprio imóvel (inc. II), a obrigação tributária (inc. IV), a obrigação como garantia real (inc. V) e aquela decorrente do ato ilícito (inc. VI). (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 115/116)

De toda sorte, o bem de família, como já explanado, originou-se em função de uma situação penosa que enfrentou o Brasil no setor habitacional, na tentativa de salvaguardar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e evitar que os indivíduos fossem lançados a uma vida indigna e degradante, ao serem privados do bens móveis imprescindíveis para a sua subsistência e da residência de sua família.

No entanto, como se observou nas citações acima, a inclusão do inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90 veio a defender unicamente interesses do mercado de locações de imóveis quando não lhes conveyed mais como fiador o indivíduo possuidor de único imóvel, impenhorável em execuções de débitos locatícios. Estrategicamente, então, este inciso VII “resolveu” os problemas do setor de locações, todavia sem se atentar a todo o contexto em que se desenvolveu a criação da impenhorabilidade do bem de família e respeitar todos os princípios que a norteiam.

Pois bem, para demonstrar a precariedade do conteúdo trazido pelo referido inciso VII e a sua incompatibilidade com a Constituição Federal vigente, destinar-se-á o próximo capítulo.

3 O BEM DE FAMÍLIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

3.1 A PRIMAZIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A Constituição Federal é o centro do ordenamento jurídico de qualquer país e é nela que se traduzem os fundamentos e os objetivos a serem por este respeitados e perseguidos como finalidade de governo.

Neste sentido, apresenta Joaquim José Gomes Canotilho a seguinte definição de Constituição:

conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito (“constituição escrita”, “constituição formal”) e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico *carácter fundacional e primazia normativa*. (CANOTILHO, 2003, p. 1147).

Segundo o autor, todos os atos do poder político deverão ser realizados em consonância com a normativa da constituição, o que chama de *princípio da conformidade*, o qual se define segundo o exposto a seguir:

nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior - *princípio da hierarquia* - e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia - *princípio da constitucionalidade*. (CANOTILHO, 2003, p. 1148)

Seguindo esse ideário, Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos infere que :

A razão das leis, bem como a sua interpretação e aplicação, longe de representarem o pensamento individual do legislador ou do intérprete, devem estar apoiadas na ideologia do sistema constitucional. Preocupação democrática, o bem comum resulta da concepção segundo a qual a lei não promulgada para o bem da sociedade não é verdadeiramente lei, mas ato de tirania. (2002, p. 160)

Depreende-se, portanto, que o ordenamento jurídico como um todo deve ser originado em conformidade com o que apregoado na Constituição e, conseqüentemente, a ela deve se submeter.

É através dos princípios que o constituinte define as qualificações essenciais da ordem jurídica,

pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica (...) eles consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. (BARROSO, 2009, p. 157)

Em se tratando de princípios constitucionais, destacam-se os princípios ditos fundamentais, assim caracterizados por Canotilho:

Consideram-se **princípios jurídicos fundamentais** os *princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. (2003, p. 1165)

Luís Roberto Barroso discorre a respeito dos princípios fundamentais como sendo a expressão das principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que determinam a essência de sua estrutura. Destaca-se, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, “que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais” (BARROSO, 2009, 376/377).

Os princípios fundamentais estão inseridos nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988 e representam, como se infere do próprio nome, os fundamentos da construção normativa nacional. São caracterizados, também, como absolutos, invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 113).

É através da ótica constitucional, em especial dos direitos fundamentais, que todo o direito brasileiro deve ser traçado e interpretado. Todavia, como apresenta Genacéia da Silva Alberton:

a preservação no processo de direitos fundamentais é tarefa que não se apresenta fácil, principalmente no processo civil, onde há predomínio do interesse econômico, salvo nos processos onde se discute matéria de

caráter indisponível ou de interesse não-patrimonial. (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 113)

A Constitucionalização do direito privado fez com que algumas perspectivas fossem alteradas em atenção aos interesses sociais apregoados pela Constituição Federal em detrimento às necessidades privadas dos indivíduos e aos interesses econômicos e financeiros das entidades do direito civil.

De acordo com Paulo Lobo (2012, p. 49):

A constitucionalização do Direito Civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional pertinente. (...) Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, ou do direito civil constitucional, concernem: a) à natureza normativa da Constituição e de suas normas, libertando-se do preconceito de seus fins meramente programáticos; b) à complexidade e unitariedade do ordenamento jurídico, ante a pluralidade das fontes de direito, segundo os princípios constitucionais e os valores fundamentais; c) uma renovada teoria da interpretação jurídica não formalista, tendo em vista os valores e fins a serem aplicados.

Fachin (2001, p. 269), por sua vez, assevera:

O pólo do ordenamento jurídico passa a migrar da propriedade para a pessoa, em seu sentido ontológico. Contudo, a tutela de um patrimônio nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado – o qual tão-só se legitima a partir do momento em que se observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional.

Essas mudanças experimentadas pelo Direito Civil não suprimem o conteúdo econômico do Direito Privado. “Nessa transformação”, segundo Luz Edson Fachin, “mudam os paradigmas, sem que tal travessia seja incongruente com novas perspectivas também direcionadas ao patrimônio” (2001, p.253). Todavia, “o direito privado deve ser lido em consonância com os ditames constitucionais”, de acordo com o entendimento de Sampietro, “haja vista que a concepção jurídica moderna, na qual o patrimônio era a razão de ser do ornamento, cede lugar para o viés pós-moderno, que prega a socialização do direito, cujo cerne é a pessoa humana” (2005, p. 68).

De tal sorte que, mesmo não subtraídos pela Constituição Federal, os interesses defendidos pelo direito privado deverão estar em acordo com os princípios

de defesa social contidos na Carta Magna, em especial à dignidade da pessoa humana. Paulo Lôbo (2012, p. 59), sobre o assunto, discorre:

a patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, no sentido de primazia, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.

Por óbvio, à vista do que exposto, os interesses econômicos advindos do mercado de locação de imóveis da forma com que são tratados, através da exceção trazida pelo inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, isto é, de forma privilegiada em detrimento aos direitos sociais que conformam a proteção ao bem de família, estão em desconformidade com os princípios e, mais além, com o ideário constitucional, que coloca os princípios fundamentais em patamar superior dentro do ordenamento jurídico, em especial a dignidade da pessoa humana¹⁵.

Neste contexto de mudança de paradigma do direito privado, norteadada pela Constituição Federal, a sistemática da teoria contratual também se alterou, a fim de se adaptar ao novo contexto social. Antônio Jeová Santos (2004, p. 177), infere:

a transformação que sofre o contrato é a que se concretiza com a realidade da tendência de socialização, vale dizer, a ter um aspecto social, no sentido de que os direitos e os deveres devem ser exercidos funcionalmente, sem desviarem-se dos fins econômicos, dos fins éticos e dos fins sociais que o ordenamento legal tem em conta. O direito contratual sofre uma modificação que tende a fustigar os atos de exploração e de iniquidade; os atos que sejam abusivos e antifuncionais.

Através dos artigos 421¹⁶ e 2.035¹⁷ do Código Civil de 2002, a função social dos contratos foi transportada ao patamar de norma de ordem pública, com

¹⁵ Sobre o assunto, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 25/26) assevera: a íntima e, por assim dizer, indissociável - embora altamente complexa diversificada - vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.

¹⁶ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁷ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

fundamento na Constituição Federal¹⁸, sendo que, à vista desse princípio, a previsão trazida pelo artigo 3º, inciso III, da Lei 8.009/90 acerca da possibilidade da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação se posicionaria de maneira reversa à finalidade social a que deveria estar coadunado o contrato.

Neste sentido, cabe a citação do Enunciado nº 23, do Conselho da Justiça Federal:

a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, **mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.** (grifo nosso)

Na medida, portanto, em que o contrato é executado sem a observância social a que se destina, neste caso, sem a preocupação da compatibilidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia e do princípio da isonomia, este não deverá ser considerado válido.

De acordo com Tartuce (2005):

Essa a interpretação que se espera, visando consubstanciar um Direito Civil renovado, mais justo e solidário. O contrato não pode fugir dessa concepção, sendo certo que a interpretação de inconstitucionalidade do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90 mantém relação direta com o princípio da função social dos contratos.

Dessa forma, a autonomia privada, à luz da função social do contrato, e, em larga escala, em compatibilidade com a tendência da constitucionalização do direito civil, é cerceada para a garantia e prevalência de interesses que são mais importantes que o simples direito de ter o credor seus créditos satisfeitos, ou, em uma maior abrangência, de assegurar o funcionamento da máquina econômica. Os princípios constitucionais têm prevalência frente aos interesses econômicos, em resumo.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO BEM DE FAMÍLIA

¹⁸ Flávio Tartuce (2005), a respeito do assunto, defende a tese de a função social dos contratos alcança escopo na função social da propriedade interpretada em sentido amplo, com respaldo nos artigos 5º, XXII e XXIII e artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

3.2.1 A dignidade da pessoa humana e a tese do patrimônio mínimo

O princípio da dignidade da pessoa humana é, conforme anteriormente descrito, um dos mais – senão o mais – importantes dos princípios fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988¹⁹ ao ordenamento jurídico Brasileiro. É um “princípio estruturante, constitutivo e indicativo de ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional.” (FACHIN, 2001, p. 191).

Segundo Fachin, a dignidade da pessoa humana é, no contexto da Carta Magna, um princípio fundamental que atua como referência constitucional de conexão de todos os outros direitos fundamentais (2001, p. 193). Sendo assim, muito além de nortear a regulação das leis que derivam da Constituição Federal, a própria norma constitucional como um todo deverá estar em sintonia e de acordo com o princípio da dignidade humana. Caso contrário, de acordo com Sarlet:

Por derradeiro, parafraseando, desta feita em outro contexto, a famosa e multicitada assertiva de Dworkin de que o governo que não toma a sério os direitos não leva a sério o Direito, podemos afirmar que a ordem comunitária (poder público, instituições sociais e particulares) bem como a **ordem jurídica que não toma a sério a dignidade da pessoa** (como qualidade inerente ao ser humano e, para além disso, como valor e princípio jurídico-constitucional fundamental) **não trata com seriedade os direitos fundamentais** e, acima de tudo, **não leva a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas** e que as faz merecedoras de respeito e consideração recíprocos. (2006, p. 145, grifo nosso)

Portanto, deve ser este princípio, pelo fato de ser considerado qualidade intrínseca e indissociável de todo indivíduo, meta permanente não somente do Direito, mas do Estado e da humanidade (SARLET, 2006, p. 27). Aos órgãos estatais é que compete a concretização da dignidade da pessoa humana, sobretudo ao legislador, ao edificar a ordem jurídica. Cabe ao Estado, assim, como tarefa, além do respeito e proteção ao princípio, a promoção de condições que o concretizem e a eliminação de todo e qualquer obstáculo que venha a impedir o indivíduo de ter uma vida digna (SARLET, 2006, p. 111).

¹⁹ Extrai-se da Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.”

A tese de um patrimônio mínimo sem o qual o indivíduo não pudesse usufruir dessa vida digna é defendida pelo professor Luiz Edson Fachin. Segundo ele, o patrimônio mínimo seria, como se infere da própria expressão, o mínimo de bens necessários a uma pessoa a fim de que esta possa usufruir de uma vida digna e esse princípio teria uma força inata ao ser humano que estaria além da lei positivada e dos interesses dos credores (2001, p. 01). Na Constituição vigente, o instituto encontraria respaldo nos seus artigos 5º e 170, em que se tutela o direito à vida e uma existência digna assegurada pela ordem econômica (FACHIN, 2001, p. 02).

Ao credor haveria, portanto, quando na tentativa de satisfazer seu crédito por meio da execução judicial do patrimônio do devedor, um limite garantido pela Constituição Federal e seus princípios (FACHIN, 2001, p. 194). De acordo com o autor, “A execução deve ser atividade disciplinada em lei e consoante a todos os mandamentos constitucionais, dentro deles: (...) **o princípio de que a execução não pode levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade da vida humana.**” (FACHIN, 2001, p. 195/196, grifo nosso).

Consoante esse ideário se desenvolveu o instituto da impenhorabilidade. Esse instituto resulta, assim, da “discricionariedade do legislador que toma um bem não necessariamente inalienável e, em virtude de interesses sociais e humanitários superiores, o elege ao patamar de impenhorável.” (FACHIN, 2001, p. 208). Em virtude, portanto, das “necessidades mínimas do devedor não querendo reduzi-lo a uma situação incompatível com a dignidade humana (...) a lei declara impenhoráveis determinados bens. São coisas ou bens protegíveis.” (FACHIN, 2001, p. 209)

A Lei 8.009/90, ao assegurar como impenhorável o bem de família do fiador, trouxe alívio e segurança a diversas famílias, garantindo-lhes uma existência digna quando já estavam fadadas, muitas vezes, à miserabilidade. As exceções trazidas pela Lei, em seu artigo 3º, em sua origem, traziam uma garantia à manutenção da dignidade de outras famílias, como por exemplo, aquelas trazidas pelos incisos I e III, ou contra a subversão do próprio sistema, como se verificam nos incisos II e V, ou contra atividades ilegais e contra o fisco, como nos incisos IV e VI. Todavia, a exceção trazida pela Lei 1.245/91, conformando-se no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, confrontou-se injustificadamente a tudo o que defendido neste capítulo, em dissonância tanto ao direito ao patrimônio mínimo quanto à dignidade da pessoa humana. A possibilidade de deixar tanto o fiador quanto a sua família sem patrimônio

que sustente uma existência digna, sem motivo suficiente que a fundamente, deixa manifesta a inconstitucionalidade da norma.

Neste sentido se manifesta Genacéia da Silva Alberton:

Tendo em vista, assim, o sentido da dignidade da pessoa humana como valor e a função sociointegradora do Direito, entendo que, no caso do tema em exame, é possível admitir que qualquer norma infraconstitucional que permita o despojamento de moradia própria em decorrência de dívida de afiançado, retirando do fiador, que não ofereceu expressamente a sua residência como garantia, a segurança de um teto para morar, não atende ao princípio fundamental de proteção à dignidade da pessoa humana e, portanto, não merece ser aplicada. Isso porque a norma infraconstitucional não observa a garantia de valor a ser preservado e a ser hermeneuticamente considerado. (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 115)

Não há norma infraconstitucional que possa ser garantida e empregada quando em desconformidade com tudo aquilo que fundamenta e encabeça o Sistema Jurídico Estatal. Nenhuma norma sequer deveria ser aprovada sem um filtro constitucional e, principalmente, sem uma rigorosa análise quanto a sua correspondência ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio maior em nossa Carta Magna.

3.2.2 A emenda constitucional 26/2000 e o direito à moradia

A emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, trouxe consigo uma ampliação do rol dos direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988, ao alterar a redação do seu artigo 6º, instituindo a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, **a moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”²⁰ (grifo nosso).

Os direitos sociais arrolados pela Carta Magna têm, de acordo com Clito Fornaciari Júnior, conteúdo econômico e social, em complemento aos direitos

²⁰ Atente-se que, após esta modificação, por força da Emenda Constitucional nº 64, de 04 de fevereiro de 2010, houve nova alteração no rol dos direitos sociais enumerados pela Constituição Federal, incluindo como direito a alimentação, assegurando nova redação constitucional que se mantém até a presente data, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, **a alimentação**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifo nosso).

fundamentais, com característica particular, “pois não se põe como garantias contra o Estado, mas como algo que ao Estado também cumpre assegurar, outorgando-os, se for o caso, concretamente, de onde se justificar sempre uma interpretação de preservação da moradia.” (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 102).

Assim, com alusão feita à exceção à impenhorabilidade do bem de família trazida pelo inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, entendendo o direito à moradia como “um direito social, que cumpre, pois, seja assegurado ao homem, inclusive pelo Estado, **não se pode aceitar que normas inferiores privem o indivíduo deste direito**, por conta de dívidas que sequer são dele.” (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 102, grifo nosso).

Neste sentido, o direito à moradia tem uma estreita ligação ao que já foi mencionado no capítulo deste trabalho destinado ao princípio da dignidade da pessoa humana e à tese do patrimônio mínimo. A concretização daquele direito social seria, portanto, a efetivação e atendimento destes princípios e, conseqüentemente, a sua não observação estaria em desarmonia com o que tutelado no âmago da Constituição Federal.

Na medida em que foi incorporado, portanto, na Carta Magna, no ano 2000, o direito à moradia fez com que várias teses começassem a se desenvolver no sentido da inconstitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90. A nítida desconformidade da Lei com os princípios constitucionais resultou em uma série de acórdãos que se posicionaram contra a sua aplicação.²¹

²¹ CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressalvando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não - recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF – Recurso Extraordinário nº 352.940-4/SP, Rel. MIN. CARLOS VELLOSO, julgado em 25/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 00106)
 PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - COISA JULGADA - TERCEIRO - INEXISTÊNCIA - ART. 472 CPC - FIANÇA - OUTORGA UXÓRIA - AUSÊNCIA - INEFICÁCIA TOTAL DO ATO - FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. I - A coisa julgada incidente sobre o processo de conhecimento e conseqüente embargos opostos por um cônjuge não pode atingir o outro, quando este não tiver sido parte naqueles processos. (art. 472, do Código de Processo Civil). II - A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher. III - Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000). Recurso provido. (STJ – Recurso Especial nº 631262 / MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 02/08/2005)

Esse ideário, no entanto, que estava sendo paulatinamente construído pela jurisprudência nacional, perdeu força com o julgamento do Recurso Extraordinário 407.688-8, cujo Relator foi o Ministro Cezar Peluso, o qual asseverou que não havia incompatibilidade da Lei com o direito à moradia apregoado pela Constituição Federal, pacificando, assim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto – o que será tratado com mais diligência em tópico específico.

3.2.3 O princípio da isonomia

O princípio da isonomia está inserido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dispondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Todavia, este princípio não está enclausurado na mera criação/aplicação da lei de maneira equânime a todos os indivíduos. Ele é composto, na realidade, de um significado deveras complexo que busca, em suma, a igualdade entre os indivíduos, mesmo que isto signifique uma atuação distinta do legislador ou do aplicador do direito.

Para além disso, à própria lei incumbe destacar determinada parcela da população para ser, por ela, regida. Neste sentido, o princípio da isonomia serve

EXECUÇÃO - PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR DE CONTRATO LOCATÍCIO - IMPOSSIBILIDADE DECORRENTE DA NÃO-RECEPÇÃO DO INCISO VII DO ART. 3º DA LEI 8009/90 PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26 DE 2000, INSTITUIDORA DO DIREITO SOCIAL DA MORADIA - AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento nº 2000 00 2 004256-0/TJDFT, Rel. Des. JOÃO MARIOSI, Primeira Turma Cível, julgado em 05/02/2001, DJU 28/03/2001, p. 12)

PROCESSUAL CIVIL - CIVIL - CONSTITUCIONAL - AÇÃO DE EXECUÇÃO - PENHORA - FIADOR - DESCONSTITUIÇÃO DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL DOS BENS - IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA - EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90, ACRESCIDO PELO ART. 82 DA LEI Nº 8.245/91 - NORMA NÃO RECEPCIONADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26/2000 - ELEVAÇÃO DA MORADIA COMO DIREITO SOCIAL - AGRAVO IMPROVIDO - MAIORIA. A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, EMANADA PELA EMENDA Nº 26/2000, MERECE A REFLEXÃO DADA PELO IL. MAGISTRADO A QUO, AO CONSIDERAR COMO NÃO RECEPCIONADOS OS PRECEITOS INFRACONSTITUCIONAIS QUE CUIDAM SOBRE A EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO DA IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR E DOS BENS QUE GUARNECEM A CASA. COM EFEITO, AO ALÇAR A MORADIA A DIREITO SOCIAL DO CIDADÃO, CONSIDEROU O LEGISLADOR CONSTITUINTE AS ATUAIS CONDIÇÕES DE MORADIA DE MILHÕES DE BRASILEIROS, QUE VIVEM EM SITUAÇÃO DEPRIMENTE E QUE CONFIGURAM VERDADEIRA CHAGA SOCIAL PARA GRANDE PARTE DAS METRÓPOLES DO PAÍS. (Agravo de Instrumento nº 2000 00 2 003053-2/TJDFT, Rel. Des. LECIR MANOEL DA LUZ, Quarta Turma Cível, julgado em 13/11/2000, DJU 20/06/2001 . Pág.: 38)

para regulamentar essa discriminação feita pelas leis, a fim de que não haja um tratamento que privilegie determinado indivíduo em detrimento de outros.

A retratar com mais propriedade o que disposto, segue o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello (2004, p. 13/14):

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, (...) o próprio da lei, em sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Dessa forma, segundo o autor, “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” (MELLO, 2008, p. 18).

Para esse fim, o autor enumera uma série de requisitos que devem ser analisados, a fim de se constatar a concordância da lei com o princípio isonômico, a saber:

tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. (MELLO, 2008, p. 21/22)

Assim, para que não haja desentendimento ao preceito isonômico, é indispensável que os três fatores sejam respeitados, visto que a dissonância a qualquer um deles caracterizará agressão ao princípio constitucional (MELLO, 2008, p. 22).

Neste ponto, portanto, cabe uma reflexão quanto à discriminação conferida pelo inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90. O legislador elegeu o fiador dos contratos de locação como alvo da impenhorabilidade do bem de família, excluindo as demais modalidades de fiança deste fado. De acordo com o que explanado, infere-se que o princípio da isonomia é indubitavelmente ofendido com essa exceção, uma vez que não há argumento que sustente um fundamento lógico para justificar a distinção trazida pelo inciso VII. O único motivo que persiste para a

fundamentação desse preceito é o interesse econômico advindo do mercado imobiliário, o que, por si, não está afinado com os valores do sistema normativo constitucional, visto que agride o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

Desta forma, de acordo com o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 39):

o critério especificador acolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles: todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras; a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o ator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamento jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

E continua:

de logo, importa, consoante salientado, que haja correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento. Contudo, ainda se requer mais, para lisura jurídica das desigualdades. Sobre existir nexos lógicos, é mister que este retrate concretamente um bem – e não um desvalor – absorvido no sistema normativo constitucional. (Mello, 2008, p. 42)

Levando em conta, portanto, o que enunciado, não há como proceder à afirmação de que a exceção imposta pelo inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90 atua em conformidade com o princípio da isonomia. Ao contrário, a sua aplicação faz com que o equilíbrio construído pela Constituição Federal seja abalado, muito embora não seja este o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal, o que será discutido em oportunidade específica.

Para além do que já exposto, a tratar de outro aspecto, cabe uma breve explanação a respeito da fiança, instituto regulamentado pelos artigos 818 a 839 do Código Civil de 2002.

Trata-se de um pacto acessório pelo qual um indivíduo – chamado fiador –, se obriga frente ao credor a assumir a dívida do devedor – o afiançado –, caso este não a pague (SOUZA, 2001, p. 240).

Assim, para explanar o que acima referido, na situação em análise neste trabalho, o contrato de locação assume o patamar de contrato principal, enquanto a garantia pelo pagamento, a fiança, se traduz em contrato acessório ao de locação.

A ofensa ao princípio da isonomia observado quando da aplicação da Lei 8.009/90, artigo 3º, inciso VII, se encontraria, portanto, no fato de que em uma execução o imóvel do devedor principal – ou seja, aquele que realmente não honrou por algum motivo a dívida assumida – uma vez constatado tratar-se de bem de família, é considerado impenhorável, em função dos princípios constitucionais que garantem a ele um vida digna.

Entretanto, o bem de família daquele que por contrato acessório garante o pagamento da dívida, mesmo sem ter, por si, adquirido o débito, poderá ser penhorado – tanto o imóvel, quanto os bens que o guarnecem –, podendo o fiador e a sua família serem levados a um estado de pobreza incompatível à dignidade. Para agravar ainda mais a situação, o fiador sequer tem condições reais de cobrar aquele que realmente contraiu a dívida – pois este tem garantida a impenhorabilidade de seu bem de família, inclusive nestes casos.

A seguir, julgado que corrobora com o que exposto:

LOCAÇÃO DE IMÓVEL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DIREITO DE REGRESSO DOS FIADORES CONTRA A LOCATÁRIA. PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. Em que pese ao direito de regresso do fiador contra o locatário em decorrência de ter pago dívida advinda do contrato de locação, não há como estender o privilégio da penhorabilidade do bem de família em relação ao locatário afiançado. Recurso desprovido. (AI 20299183020148260000 SP 2029918-30.2014.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, relator Gilberto Leme, julgamento 08/04/2014, publicação 11/04/2014)

Neste sentido, os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia são simplesmente ignorados frente a uma cobrança de crédito locatício ao credor, e o princípio da isonomia é escancaradamente desrespeitado. Genacéia da Silva Alberton, sobre o assunto, discorre:

Basta examinar a situação legal prevista para o fiador em relação ao devedor principal para ocorrer o estranhamento: o imóvel do devedor principal é impenhorável, não o é, todavia, o do fiador e isso por força de exceção legal! É difícil, efetivamente, admitir que, nós operadores, não percebamos, pela mera leitura do texto legal, que **há uma flagrante injustiça e a inobservância de princípio constitucional da isonomia** que lhe retira a validade. (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 122, grifo nosso)

Não há, indubitavelmente, tratamento isonômico entre o locatário e o fiador, sendo-o extremamente prejudicial ao último.

3.3 CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Vale ressaltar, nesta etapa, a distinção entendida entre regras e princípios, considerada, em essência, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2011, p. 87).

Dentre os mais diversos critérios utilizados para realizar tal distinção, destaca-se a regra da generalidade. Através desse critério, o grau de generalidade das normas é aferido. Os princípios são caracterizados como norma detentora de grau de generalidade relativamente alto, ao passo que a regra possui grau de generalidade relativamente baixo (ALEXY, 2011, p. 87/88). Nesse sentido, os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, portanto “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas”. Já as regras, segundo o autor, sempre serão satisfeitas ou não. Elas possuem “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Se a regra é válida, deverá ser cumprida de maneira exata, nem mais, nem menos (ALEXY, 2011, p. 90/91).

Na medida em que princípios condizentes a um caso concreto se indispõe, uma vez que trazem conteúdos contrários ou incompatíveis, sempre um deles terá de ceder. Não significa, todavia, que aquele que foi afastado seja considerado a partir deste momento inválido, nem sendo necessária a sua alteração através de cláusula de exceção. Ocorre que um dos princípios prevalece em relação ao outro sob determinada circunstância. Em cada caso concreto os princípios diferem entre si por possuírem pesos distintos, e prevalece sempre aquele com o maior peso (ALEXY, 2011, p. 93/94).

Nos casos que vêm à tona dentro do âmbito jurídico nacional em que se discute a penhorabilidade do bem de família do fiador, há a colisão entre princípios constitucionais que de um lado asseguram a vida humana digna e de outro a

manutenção da ordem econômica. São princípios, visto que seu grau de generalidade é alto, na medida em que não se trata de cumpri-los ou não, de maneira exata, mas de ponderá-los em cada caso concreto.

De um lado, portanto, encontram-se os princípios que asseguram o bem estar social, encabeçados pelo princípio da dignidade humana – o qual pende para a não aplicação da exceção legal, que por si o afronta – e de outro os princípios que asseveram a manutenção da ordem econômica²² – que corroboram para a aplicação da norma, para a saúde do mercado imobiliário nacional.

Neste caso, é indubitável que, ao distribuírem-se os pesos a cada um dos princípios, aquele que assegura a vida digna do ser humano pesará consideravelmente mais do que aquele com fins meramente econômicos. Ou, pelo menos, no entendimento dos juristas, deveria prevalecer.

Isso não quer dizer, todavia, que os princípios norteadores da ordem econômica terão de ser invalidados ou que haverá de ser realizadas ressalvas no texto constitucional a respeito deste assunto. Estes princípios continuarão a ser válidos e deverão continuar a ser utilizados amplamente. Todavia, neste caso em específico, continuar a empregá-los, em detrimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, seria fadar a destinar seres humanos à provável vida miserável, despojados do mínimo para sua subsistência, situação que a Constituição pretende ao máximo, abolir do território nacional²³.

²² Na Constituição Federal, os princípios assecuratórios da ordem econômica estão dispostos nos artigos 170 a 192.

²³ Inciso III, do artigo 3º da Constituição Federal de 1988: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407/688-8 E AS GARANTIAS ALTERNATIVAS DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

4.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407/688-8

Conforme já mencionado no capítulo destinado às considerações acerca do direito à moradia, a jurisprudência após a Emenda 26/2000 começou a trilhar no sentido de que a exceção trazida pelo inciso VII, do artigo 3º, da Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família não havia sido recepcionada pelo artigo 6º da Constituição Federal, todavia as opiniões ainda divergiam. Em 2006, entretanto, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se a respeito do assunto, através do Recurso Extraordinário 407.688-8, negando essa corrente que se formava, declarando que a exceção não ofende os preceitos constitucionais.

A consequência do referido julgado foi a de modificar todo o entendimento jurisprudencial nacional a respeito do assunto²⁴.

O Relator do referido Recurso Extraordinário foi o Ministro Cezar Peluso, o qual inicia o seu voto negando a possibilidade da não recepção acima apontada,

²⁴ APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À PENHORA. FIADOR. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. Fiador. Penhora sobre bem de família. O STF já reconheceu a constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009 /90 (acrescido pela Lei n. 8.245 /91), bem como a ausência de afronta ao direito de moradia (insculpido no art. 6º da Constituição Federal), pelo que não há falar em impenhorabilidade do bem imóvel dado em garantia pelo fiador, mesmo que se trate de moradia do garantidor. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (TJ/RS, AC 70045375540-RS, Décima Sexta Câmara Cível, relator Ergio Roque Menine, Julgamento: 29/11/2012, publicação: Diário da Justiça do dia 03/12/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. FIADOR. 1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM TEMA SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL, REAFIRMOU SEU ENTENDIMENTO A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA SOBRE O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR, MESMO APÓS A EC 26/2000. 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AGI 20130020296713 DF 0030624-12.2013.8.07.0000, 3ª Turma Cível, relator Getúlio de Moraes Oliveira, julgamento 26/02/2014, publicação 14/03/2014, p. 122)

LOCAÇÃO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. FIADOR. RESPONSABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. 1 - NO CONTRATO DE LOCAÇÃO, EXISTINDO CLÁUSULA QUE ESTIPULA A RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A ENTREGA DO IMÓVEL, RESPONDE ELE PELOS ALUGUÉIS E DEMAIS ENCARGOS DA LOCAÇÃO REFERENTES AO PERÍODO DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO. 2 - O BEM DE FAMÍLIA PODE SER PENHORADO POR OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE FIANÇA CONCEDIDA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO (L.8.009/90, ART. 3º, VII), O QUE NÃO OFENDE O ART. 6º DA CF. 3 - APELAÇÃO NÃO PROVIDA (APC 20120111949925 DF, 6ª Turma Cível, relator Jair Soares, julgamento 09/04/2014, publicação 15/04/2014)

retratando que o direito à moradia não passa de mero *direito à prestação*, portanto, dependente de ações dos poderes públicos, uma vez que esses determinados direitos, citando Sarlet²⁵, “reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental” (RE 407.608-8, p. 884).

Ressalta, ainda, que são inúmeras as maneiras pelas quais o Estado pode concretizar esse direito. Infere que o direito social à moradia “não se confunde, necessariamente, com *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel*” (RE 407.608-8, p. 884, grifo no original), sendo possível o fomento da locação habitacional a fim de garanti-lo. Trouxe, inclusive, a exemplo, o direito português, que, em sua Constituição, no nº 2, do artigo 65, dispõe:

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

(...)

c) **Estimular a construção privada**, com subordinação ao interesse geral, e o **acesso à habitação** própria ou **arrendada**.” (RE 407.608-8, p. 885, grifo no original)

Segundo o Ministro, houve uma considerável retração do mercado de locação após a promulgação da impenhorabilidade do bem de família, que se deve ao fato de que as demais garantias legais exigíveis pelos proprietários, para além da fiança, são demasiadamente onerosas aos locatários, quando não insuficientes ou inexistentes. Assim, neste sentido, sustentou a tese de que o direito à moradia é a *ratio legis* da exceção trazida pelo inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90 (RE 407.608-8, p. 885).

A referida exceção, portanto, ao facilitar a celebração dos contratos de locação, estaria, no entendimento do Ministro Relator, reafirmando e corroborando a efetivação do artigo 6º da Constituição Federal.

Desta maneira, desconsiderando *deliberadamente* tudo o que está na base da fundação do instituto do bem de família – em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana –, tudo o que o consubstancia e tudo aquilo que exposto neste trabalho acerca do princípio da isonomia, da tese do patrimônio mínimo e da função social do contrato, trata o Ministro relator a afirmação de que o fomento

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2004, p. 279.

inconsequente ao mercado de locações de imóveis estaria concretizando o direito social à moradia como algo *óbvio e intuitivo* (RE 407.608-8, p.885).

A ratificação da constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei 1990, trazida pelo Recurso Extraordinário em análise, portanto, tem fundamento profundo em interesses econômicos e o ministro Relator ao invés de atuar como defensor da Constituição Federal e de seus princípios, rendeu-se aos anseios do mercado imobiliário. Pois, como assevera Tucci: “Frise-se que essa derradeira hipótese – emergente de fiança garantidora de contrato de locação –, justaposta pelo art. 82 da Lei 8.245, de 1991, teve por nítido escopo fomentar o mercado imobiliário atinente às relações *ex locato*” (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 14).

Além disso, a tese levantada de que o direito à moradia seria um mero direito à prestação, o qual necessita de uma atuação positiva para se concretizar estaria equivocado. Sendo este um direito fundamental social, teria, de acordo com Canotilho, uma aplicação direta, a qual segundo o autor:

Aplicabilidade directa significa, desde logo, nesta sede - direitos, liberdades e garantias - a rejeição da “ideia criacionista” conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da *reserva de lei dos direitos fundamentais* (CANOTILHO, 2003, p. 1178).

E, ao contrário do que sustentado no voto, não seria a exceção legal disposta na Lei 8009/90 (art. 3º, inc. VII) que estaria corroborando para a efetivação daquele direito social. Não foi ela uma ação do legislativo voltada especialmente para a concretização do direito à moradia, com se quer fazer crer pelo voto do Ministro Relator. Tem-se por comprovação o fato de que a exceção recai, também, sobre fiadores em contratos de locação comercial, o que nada se relaciona com a tese de defesa ao direito social à moradia. Foi, na verdade, uma atuação votada para os interesses meramente econômicos e, justamente por afrontar diretamente a Constituição Federal, deveria ser combatida a fim de assegurar o direito a qual falsamente estaria a defender, de acordo com a tese do Ministro Relator. Canotilho traz a explicação:

Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (...) Significa, também que eles valem *directamente contra a lei*, quando esta

estabelece restrições em desconformidade com a constituição (...) Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a *inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais* contrárias às normas da constituição consagradoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga (...) Se preferir, dir-se-á que a aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a *inconstitucionalidade superveniente* das normas pré-constitucionais em contradição com eles. (CANOTILHO, 2003, p. 1179)

Seria, portanto, de se esperar a negativa imediata da penhorabilidade do bem de família em contratos de locação por estar em desacordo com o direito à moradia promulgado em 2000 já naquele ano, e, além disso, seria razoável esta ter sido considerada inconstitucional desde quando a Lei do Inquilinato a trouxe à tona, em 1991, por força dos demais princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Cezar Peluso ainda rebate a contradição da exceção legal com o princípio constitucional da isonomia. Citando José Eduardo Faria²⁶, afirma que:

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. (RE 407.688-8, p. 887)

Todavia, esquece-se o senhor Ministro em seu argumento de que, de todas as modalidades de fiança existentes, elegeu o legislador *apenas* aquela relacionada aos contratos de locação para ser a “vítima” da exceção da Lei 8.009/90, que retira do fiador a garantia da impenhorabilidade de seu bem de família. Não há razões para esse tratamento distinto, exceto aquelas destinadas ao atendimento dos interesses particulares dos locatários, em maioria das vezes representados por empresas destinadas à locação de imóveis.

Ao contrário, ainda, do que exposto no voto deste Recurso Extraordinário, a efetivação do direito da impenhorabilidade do bem de família dos fiadores não seria a derrocada dos contratos de locação. O mercado econômico é dinâmico e desenvolveria maneiras de enfrentar uma possível queda nas locações proporcionada pela diminuição do número de fiadores disponíveis. Isso sem falar das medidas legais alternativas que poderiam ser fomentadas ou desenvolvidas, pois, de acordo com Genacéia da Silva Alberton, “a função do operador do Direito, diante

²⁶ FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça, apud SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2004, p. 278.

dessa situação, é exatamente a de repensar o normatizado, agir na (re)construção do sistema, encontrando caminhos, participando na concretização da expectativa social do justo.” (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 105).

Por fim, apesar de citadas no voto do Ministro Cezar Peluso, conforme observado, como medidas ineficazes e onerosas, as demais modalidades listadas na lei destinadas a garantir os contratos de locação têm se desenvolvido nos últimos anos, traduzindo-se em mediada viáveis para atuar junto ao fiador para a segurança dos contratos de locação. É a isso que se destinará o próximo capítulo, ao estudo das demais garantias definidas pela Lei do Inquilinato, no intuito de conformar uma visão mais otimista e realista acerca do seu estímulo e maior utilização.

4.2 GARANTIAS DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO URBANOS

A Lei 8.245/1991, chamada de Lei do Inquilinato, originalmente, no seu artigo 37, trazia o rol de garantias que poderiam ser inseridas nos contratos de locação, a saber, a caução, a fiança e o seguro de fiança, *in verbis*:

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

- I - caução;
- II - fiança;
- III - seguro de fiança locatícia.²⁷

Com a edição da Lei 11.649/2005, uma quarta garantia foi acrescentada ao rol, a saber: “IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento”.

Em se tratando de “caução”, a Lei do Inquilinato em seu artigo 38 elenca as modalidades pelas quais esta pode se efetivar:

Art. 38. A caução poderá ser em bens móveis ou imóveis.

§ 1º A caução em bens móveis deverá ser registrada em cartório de títulos e documentos; a em bens imóveis deverá ser averbada à margem da respectiva matrícula.

§ 2º A caução em dinheiro, que não poderá exceder o equivalente a três meses de aluguel, será depositada em caderneta de poupança, autorizada,

²⁷ Texto normativo original do ano de 1991, sem a inclusão do inciso IV, que veio a ocorrer mais tarde, em 2005.

pelo Poder Público e por ele regulamentada, revertendo em benefício do locatário todas as vantagens dela decorrentes por ocasião do levantamento da soma respectiva.

§ 3º A caução em títulos e ações deverá ser substituída, no prazo de trinta dias, em caso de concordata, falência ou liquidação das sociedades emissoras.

Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 167) trata a caução, de forma geral, como “qualquer garantia para a realização de um direito”, aquilo que se “apõe ao cumprimento das obrigações.” E continua: “A garantia geral do cumprimento das obrigações é o patrimônio do devedor, de forma genérica. Quando, por vontade da lei ou por vontade das partes, há necessidade de um reforço maior a essa garantia genérica, as partes recorrem à caução.”.

O autor refere-se à caução definida pelo artigo 37 da Lei 8.245/1991 como uma espécie dessa caução genérica, que se consubstancia na entrega de um bem móvel ou imóvel como garantia, sem que as formalidades dos direitos reais de garantia típicos sejam necessárias. Ainda, haveria a manifestação da vontade do locador para que se caracterize a caução no contrato de locação (VENOSA, 2005, p. 168).

A fiança, por sua vez, segundo o mesmo autor:

Trata-se de forma peculiar de contrato, pelo qual um terceiro garante o contrato. Garantia pessoal que é, assegura o cumprimento das obrigações do locatário, o verdadeiro devedor, geralmente por amizade, embora a fiança remunerada esteja presente com certa frequência. É caso típico em que se dissociam os dois elementos clássicos da obrigação: o débito e a responsabilidade. No contrato de fiança somente existe a responsabilidade, porque o débito não pertence ao fiador, mas sim ao afiançado. O fiador responde desde eventual deficiência do locatário no cumprimento do contrato principal até sua total inadimplência. (VENOSA, 2005, p. 170)

Este instituto, como já mencionado, é disciplinado pelos artigos 818 a 839 do Código Civil vigente.

São a caução em dinheiro e a fiança as garantias mais comumente elegidas para assegurar o contrato de locação dentro do território nacional. “A lei locatícia destaca a caução da fiança, porque, sem dúvida, esta última, como contrato típico, tem seus princípios perfeitamente delineados, o que não ocorre com a caução.” (VENOSA, 2005, p. 168).

Com relação ao seguro de fiança locatícia, assevera Gildo dos Santos que:

nada mais é do que um contrato de seguro, sabendo-se que, por este, uma das partes (seguradora) se obriga para com a outra (locador), mediante pagamento de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos predeterminados contratualmente (CC/1916, art. 1.432, e CC/2002, art. 757). Pode também ser contratante do seguro o locatário, mas beneficiário da indenização, a ser estipulado na apólice, será o senhorio. (2011, p. 238/239)

Finalmente, trata a Lei da cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, que, de forma bem simplificada, trata-se de aplicações financeiras dadas em garantia. Assim, em caso de inadimplência do inquilino, cotas em número suficiente para a quitação da dívida poderão ser repassadas para o locador, o qual terá a opção de mantê-las aplicadas ou resgatá-las, em consonância às regras do mercado financeiro.

Na prática, todavia, observa-se que esta garantia não tem sido muito utilizada.

4.3 AS MODALIDADES ALTERNATIVAS À FIANÇA

Uma dos maiores temores dos agentes econômicos quanto à declaração de inconstitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90, seria o enfraquecimento do mercado de locações de imóveis. Para garantir um contrato de locação, teriam que voltar a exigir que o fiador fosse proprietário de pelo menos dois imóveis, para que um deles pudesse ser penhorado em caso de inadimplência do locatário, sendo que o outro estaria resguardado por força da referida Lei.

A necessidade, portanto, de mais de um imóvel em nome do fiador faria com que o número de propensos garantidores fosse restringido, tornando a locação um instituto bastante complicado de ser efetivado.

Todavia, a afirmação acima não procede e não pode ser utilizada na defesa de um instituto que agride escancaradamente princípios constitucionais, como vêm ocorrendo com a apologia da penhorabilidade do bem de família do fiador. Há, como já foi discriminado anteriormente, outras garantias legais que precisam ser analisadas com maior exatidão, a fim de que se tornem parte da rotina do mercado imobiliário, deixando a fiança como opção a ser escolhida e não como regra.

Dados estatísticos comprovam que é possível uma modificação no ideário e nos costumes do mercado imobiliário. Gildo dos Santos traz em sua obra dados extraídos do Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo (Creci-SP) que apontam que, em outubro de 2008, 21,91% dos contratos de locação optaram como garantia o seguro-fiança e 20,75% optaram pela caução (SANTOS, 2011, p. 240). O que, somados, representam quase metade das garantias utilizadas no período.²⁸

Isabela Noronha, por sua vez, afirma que em uma pesquisa do Sindicato de Habitação de São Paulo, realizada na capital paulista, foi constatado que, entre maio de 2007 e maio de 2013, a porcentagem de contratos fechados com seguro-fiança cresceu de 15,1% para 20,5% e que a porcentagem dos contratos garantidos por fiador decresceu de 51,1% para 48% (NORONHA, 2013).

No Paraná, observa-se, também, uma tendência ao crescimento das modalidades alternativas à fiança, todavia de forma mais tênue. Dados do Instituto Paranaense de Pesquisas e Desenvolvimento do Mercado Imobiliário e Condominial (Inespar), do Secovi-PR, mais de 70% das locações ocorridas em Curitiba no mês de abril do ano corrente foram realizadas adotando-se fiadores como garantia, todavia, o seguro fiança tem se destacado a partir de 2012, sendo utilizado como garantia em aproximadamente 16% dos contratos, seguido por título de capitalização, 2,5%, caução fiança, 2,3% e carta fiança, 1,7% (ABDALLA, 2014).

O que se infere dos dados apresentados, portanto, é que o mercado imobiliário vem apresentando rupturas quanto à crença de que o fiador é imprescindível para a saúde do mercado locatício. As outras modalidades de garantia, em especial o seguro-fiança, vêm se destacando nos últimos anos no território nacional e se mostrando, portanto, alternativas reais e viáveis para o desenvolvimento do nicho econômico.

Assim, o maior medo das empresas destinadas à locação de imóveis, e até mesmo, retomando o capítulo anterior, o que foi apontado pelo Excelentíssimo Ministro Cezar Peluso quando inferiu que a onerosidade e insuficiência das demais modalidades de garantias fariam com que o sistema entrasse em colapso se garantida a impenhorabilidade do bem de família do fiador, cai por terra frente à comprovação da eficácia desses meios alternativos.

²⁸ Todavia, na mesma obra, relata-se que ainda é o fiador a opção mais largamente utilizada, abrangendo 57,34% dos contratos de outubro de 2008.

5 CONCLUSÃO

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, observou-se a constitucionalização do direito civil brasileiro, trazendo à sociedade brasileira uma visão evoluída a respeito da primazia dos direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade frente aos direitos econômicos e financeiros.

Em diversos assuntos, observou-se a derrocada de interesses meramente patrimoniais frente a interesses baseados na garantia da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental maior inserido na Carta Magna, que regeu não somente a criação da própria Constituição, mas como serviu e ainda serve de baliza para a inovação legislativa.

A garantia de o indivíduo conservar, protegida de penhora, uma propriedade em seu nome – e bens indispensáveis à sobrevivência – para sua habitação e de toda a sua família, independente de formalidades que embarquem o seu acesso, foi uma vitória incomensurável dos direitos sociais, trazida pela Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família de 1990. Essa proteção reforçava-se na própria Constituição Federal, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que arrancar um ser humano e a sua família do seio do seu lar, fadando-os a uma vida abaixo dos limites da dignidade, a fim de satisfazer um crédito, muitas vezes não honrado por infortúnios da vida financeira, não parecia condizer com o que defendido como proposta máxima do ordenamento brasileiro.

Entretanto, como em toda a regra, a Lei 8.009/90, em seu artigo 3º, discriminou as suas exceções, estas justificáveis em sua origem. A exceção incluída através do inciso VII, todavia, foi contra aquilo que serviu de motivo para a criação da própria Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família, ou seja, garantir um patrimônio mínimo ao indivíduo, imune à penhora, a fim de se assegurar uma vivência digna para ele e a sua família.

O fiador em contratos de locação, neste caso, é eleito dentro do grupo de todas as modalidades de cobrança de crédito executáveis, para ter o seu bem de família passível de execução. Não há, entretanto, na inclusão da exceção do inciso VII, uma justificativa plausível. Subentende-se, somente, um interesse econômico decorrente do mercado de locação de imóveis que, com o advento da Lei 8.009/90,

observou uma queda no número de contratos ao se exigir que o fiador detivesse ao menos dois imóveis para garantir o locatário, isto é, um imóvel além daquele consagrado como bem de família.

Para além disso, o descabimento é ainda mais flagrante, uma vez que nem a dívida é decorrente do inadimplemento do fiador – mas do locador –, nem o executado tem condições reais de cobrar aquele que não honrou o pagamento do débito, pois o locador detém a garantia da proteção do seu bem de família. A isonomia, princípio constitucional, é claramente desrespeitada nesta situação.

Com o advento, em 2000, da Medida Provisória nº 26, muitos aplicadores do direito começaram a demonstrar, em seus julgados, o entendimento de que o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 não foi recepcionado pelo princípio do direito à moradia, tendência que se espalhava por todos os Tribunais, chegando até mesmo ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, com o Recurso Extraordinário nº 407/688, o Relator Ministro Cezar Peluso pacificou o entendimento do órgão, relatando que a exceção não divergia do direito à moradia, mas o reafirmava, uma vez que, com ela, o mercado de locação de imóveis passou a exigir do fiador apenas um imóvel (este passível de penhora) o que facilitou a contratação e reaqueceu o mercado locatício. Para sustentar esse argumento, o Ministro asseverou que direito à moradia não é somente o direito à propriedade de um imóvel, mas o direito ao acesso a um imóvel em que se possa viver, incluída neste rol a moradia através do aluguel.

O favoritismo ao interesse econômico neste julgado é manifesto, pois o Relator sequer cogita as demais modalidades de garantia enumeradas pela lei para a manutenção do mercado imobiliário, afirmando apenas serem estas onerosas, preferindo, ao invés, calcar todos os princípios constitucionais feridos por esta exceção, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Já se tem levantado estatisticamente que as garantias trazidas pela Lei do Inquilinato, em destaque o seguro fiança, tem sido utilizadas em maior escala, ano a ano, comprovando-se sua viabilidade para competir com o fiador como garantia em contratos de locação. Assim, ao se constatar que a fiança locatícia não é mais imprescindível para a saúde do mercado de locações de imóveis, a tese defendida pelo Ministro Cezar Peluso se desfaz, restando apenas a ofensa evidente à Constituição Federal, subsistindo a necessidade de uma revisão no entendimento hoje pacificado sobre o assunto.

Infere-se, portanto, a necessidade da implementação de políticas que fomentem o emprego das outras modalidades de garantia, a fim de que se finde o costume arraigado da utilização do fiador como garantidor dos contratos de locação.

A dignidade da pessoa humana deve ser defendida de maneira precípua, não havendo escusas para a sobreposição de interesse econômicos, sobretudo neste caso em questão. Sendo fundamento de todas as normas do direito brasileiro e da própria Constituição Federal, é essencial que as medidas tomadas sejam norteadas pelo seu atendimento.

REFERÊNCIAS

ABDALLA, Sharon. **Garantias para aluguel vão além do fiador**, jun. 2014. Disponível em: < <http://goo.gl/kO9hCP> >. Acesso em: 11/07/2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. - São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

ASSIS, Araken de. **Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar**. Rio Grande do Sul: Revista Jurídica, v. 57, n. 384, p. 11-39, out. 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90**. 6. ed. ver., ampl. e atual. com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF; Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1608**, de 18 de setembro de 1939.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil Brasileiro de 1916. Rio de Janeiro, RJ.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.245**, de 18 de outubro de 1991.

BRASIL. **Medida Provisória nº 143**, de 09 de março de 1990.

BRASIL. **RE 407.688-8/ Recurso Extraordinário** (Relator: Min. Cezar Peluso). Julgamento: 08/02/2006. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº. 364.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional: e teoria da constituição**. 7. ed., 4. reimp. Portugal: Edições Almedina, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (org). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Editora RT, 2003.

CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família: comentários à Lei 8.009/90**. 1. ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

GONÇALVES, Carlos. **Impenhorabilidade do Bem de Família (Lei 8.009/90 – Desfazimento das Penhoras, Arrematações e Adjudicações anteriores – Embargos de Terceiros)**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 1994.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed., 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2008.

NETO, Ari Álvares Pires. **Bem de família (voluntário)**. São Paulo: IRIB, 2013.

NORONHA, Isabela. **Conheça opções para quem vai alugar um imóvel e não tem fiador**. Disponível em: <<http://goo.gl/CKzkpw>>. Acesso em: 14/08/2014.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. **A previsão da norma do inciso VII do art. 3º da lei 8.009/90 é inconstitucional**. São Paulo: Revista Jurídica, ano 53, nº 337, p. 65-74, nov. 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função Social do Contrato – lesão e imprevisão do CC/2002 e no CDC**, 2. Ed. – São Paulo: Método, 2004.

SANTOS, Gildo dos. **Locação e Despejo: comentários à Lei 8.245/91**. 7 ed. rev. ampl. e atual. com as alterações da Lei 12.112/2009 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Da locação do imóvel urbano: direito e processo**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Penhora de imóvel de família de fiador é inconstitucional**. Disponível em: <<http://goo.gl/EpB5jpl>> Acesso em 11/07/2014.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares**. 1. ed., São Paulo: RT, 2002.