

A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE LOCAÇÃO. ABORDAGEM ATUALIZADA.

FLÁVIO TARTUCE.¹

Como se sabe, uma das exceções à impenhorabilidade do *Bem de Família Legal* refere-se ao imóvel de residência do fiador de locação de imóvel urbano, conforme previsão do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 (c/c art. 82 da Lei 8.245/1991). Como já dissemos, quanto a essa exceção, divergem tanto a doutrina quanto a jurisprudência em relação à sua suposta inconstitucionalidade.²

Contudo, *ainda* prevalece no Superior Tribunal de Justiça, atualmente, a tese da penhorabilidade do imóvel do fiador, o que também era acolhido pelo extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em sua maioria. Do primeiro tribunal, vale transcrever:

“Locação. Fiança. Penhora. Bem de família. Sendo proposta a ação na vigência da Lei 8.245/1991, válida é a penhora que obedece seus termos, excluindo o fiador em contrato locatício da impenhorabilidade do bem de família. Recurso provido” (STJ – REsp 299663/RJ – j. 15.03.2001 – 5.ª Turma – rel. Min. Felix Fischer – DJ 02.04.2001, p. 334).

Contudo, uma posição minoritária entende ser essa previsão inconstitucional, por violar a isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF/1988) e a proteção da

¹ Advogado em São Paulo. Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP. Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Professor e coordenador de Cursos de pós-graduação *lato sensu* da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor convidado em outros cursos de pós-graduação em Direito Privado. Professor do Curso Flávio Monteiro de Barros. Autor dos livros: *Função Social dos Contratos* (Editora Método, 2005) e *Direito Civil*. Volumes 1, 2 e 3 (Série Concursos Públicos. São Paulo: Método) e co-autor da série *Questões Controvertidas no novo Código Civil* (Editora Método). Site: www.flaviotartuce.adv.br.

² Abordamos o tema, pela primeira vez, em nosso livro *Direito Civil. Volume 1. Lei de Introdução e Parte Geral. Série Concursos Públicos*. São Paulo: Método, 2005, p. 212. Na ocasião manifestamos o nosso entendimento pela inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, antes mesmo da decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso.

dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988).

Primeiro, porque o devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra devedor subsidiário – art. 827 do CC) pode suportar a constrição. A lesão à isonomia reside no fato de a fiança ser um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação).

Em reforço, haveria desrespeito à proteção constitucional da moradia (art. 6.º da CF/1988), uma das exteriorizações do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, do Texto Maior).

Como já dissemos em outras oportunidades, concordamos com essa última tese.

Aliás, na jurisprudência paulista, a inconstitucionalidade da previsão sempre foi sustentada pela renomada professora e atual Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery, por esses mesmos argumentos (2.º TAC/SP, Apelação com revisão 593.812-0/1).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim também concluem sustentando que: “À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil –, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no art. 5.º da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação” (*Novo Curso de Direito Civil. Volume III*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 289).

Sem dúvidas, concordamos que à luz do Direito Civil Constitucional e da *personalização do Direito Privado*, não há como aceitar tal previsão!

Esse entendimento foi inclusive reconhecido pelo Ministro Carlos Velloso, em decisão monocrática recentemente pronunciada em sede de recurso extraordinário em curso perante o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Em trabalho doutrinário que escrevi ‘Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil’, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho,

sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.03.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6.º, CF, é um direito fundamental de 2.ª geração – direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000.

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

Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3.º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3.º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000” (STF, RE 352940/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005, pendente de publicação).

Portanto, a tese por nós defendida outrora ganhou força. Vale citar que já há julgado do TJ/SP adotando parcialmente essa tese, entendendo que o imóvel de residência do fiador, no caso de fiança prestada em locação não residencial, não pode ser penhorado Proc. 789.652.0/6, rel. Des. Lino Machado, decisão de 2005 – veja <www.flaviotartuce.adv.br> Jurisprudência).

Ora, tem crescido na jurisprudência uma análise do Direito Privado à luz do Texto Maior e de três princípios básicos: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), a solidariedade social (art. 3.º, I) e a isonomia (art. 5.º, *caput*). Esses são justamente os princípios basilares daquilo que se denomina *Direito Civil Constitucional*.

Essa é a interpretação que se espera de nossos tribunais, 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 art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 mantém relação direta com o *princípio da função social dos contratos*.

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

Conforme também já defendemos, a função social dos contratos encontra fundamento na função social da propriedade, que deve ser concebida em sentido amplo – art. 5.º, XXII e XXIII e art. 170, III, todos da CF/1988 (*Função Social dos Contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 200).

Assim sendo e reforçando, vale citar o Enunciado 23, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* promovido pelo Conselho da Justiça Federal, pelo qual: “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”. O direito constitucional à moradia acaba limitando a autonomia privada, portanto.

Ademais, não cabe mais o argumento pelo qual as normas programáticas constitucionais merecem regulamentação pelas normas infraconstitucionais, o que seria o caso do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990.

Como se sabe, cresce na doutrina constitucionalista a corrente pela qual tais normas teriam aplicação imediata, diante do que consta do art. 5.º, § 1.º, da CF/1988. Para aprofundamento do tema, sugerimos a leitura das obras de Daniel Sarmento (*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004) e Ingo Wolfgang Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004). Esses autores defendem ainda a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* consagrados no Texto Maior, ou seja, o seu reconhecimento entre particulares (*horizontalização dos direitos fundamentais*). O fundamento para essa aplicação imediata está no art. 5.º, § 1.º, da CF/1988, pelo qual “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Na verdade, para nós, a leitura dos trabalhos desses dois autores tornou-se mais do que obrigatória para aqueles que pretendem evoluir no estudo dos direitos fundamentais.

Por isso, concordamos integralmente com a decisão monocrática transcrita, e também entendemos pela inconstitucionalidade do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990.

Entretanto, infelizmente, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a questão no dia 8 de fevereiro de 2006. Por maioria de votos o STF entendeu ser constitucional a previsão do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90. Segundo o relator da decisão, Ministro Cezar Peluso, a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Entendeu, ainda, que a pessoa tem plena liberdade de querer ou não assumir a condição de fiadora, devendo subsumir a norma infraconstitucional se assim o faz, não havendo qualquer lesão à isonomia constitucional. Votaram com ele os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

A votação não foi unânime, pois entenderam pela inconstitucionalidade os Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Celso de Mello. Em seu voto, o Ministro Eros Grau ressaltou a grande preocupação dos civilistas em defender os preceitos constitucionais, o que é o nosso caso, apontando que a previsão do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/90 viola a isonomia constitucional. Isso, vale repetir, porque a fiança é contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações que o contrato principal.

Resumindo, o debate jurídico parece ter sido encerrado com a decisão do STF.

Ledo engano. Não entendemos dessa forma, o que pode ser percebido pela divergência gerada no próprio STF.

Entendemos que é preciso aguardar novos posicionamentos do STJ sobre o tema. Vale dizer que esse tribunal, recentemente, tem entendido pela proteção das partes vulneráveis, caso do fiador, em diversas ocasiões.

A título de exemplo, vale dizer que o STJ tem afastado a penhora do bem de família nos casos de hipoteca oferecida por membro da entidade familiar, visando garantir dívida de sua empresa individual:

“Agravo regimental. Bem de família. Impenhorabilidade. Dívida contraída pela empresa familiar. A exceção do inciso V do art. 3.º da Lei 8.009/90 deve se restringir às hipóteses em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no Ag 597.243/GO, rel. Ministro Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, 03.02.2005, *DJ* 07.03.2005, p. 265)

Como se pode perceber do teor do julgado, o STJ tem afastado a exceção do art. 3.º, V, da Lei 8.009/90 se a hipoteca for prestada para garantir dívidas de empresa familiar. Desse modo, acaba-se quebrando o rigor do texto legal em prol da proteção da moradia, como lecionava o Ministro aposentado Carlos Velloso.

Em suma, a chama da nossa esperança permanece viva!