

DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Ana Flávia ARRUDA¹

Bianka Novais SANTOS²

Gilberto Notário LIGERO³

RESUMO: O presente artigo vem falar sobre o bem de família, como forma de tutelar a dignidade do indivíduo, de modo a proteger o imóvel onde sua família reside, fazendo-o impenhorável diante de dívidas adquiridas pelo devedor. Vem tratar, também, das disposições do inciso VII, do art. 3º da Lei 8009/90, que prevê a penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação. Tal lei não se mostra legítima, violando princípios constitucionais.

Palavras-chave: Bem de Família. Penhora. Fiador. Exceção. Lei 8009/90.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho vem analisar a constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8009/90, apresentando tanto os argumentos dos que defendem a inconstitucionalidade de tal norma, como os argumentos dos que entendem que o inciso é totalmente constitucional.

Em um primeiro momento será apresentada a origem histórica do bem de família. Tendo iniciado na República do Texas na metade do século XIX, no ano de 1839.

Falaremos também sobre a dificultosa entrada do bem de família no Brasil.

Logo após, faremos uma análise do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro. Tratando de forma mais específica o bem de família legal escrito na Lei 8009/90.

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: dellacred.anafllavia@outlook.com;

² Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: bi_novais@live.com

³ Docente do Curso de Direito da Toledo Prudente. Coordenador do Grupo de Iniciação Científica da Toledo Prudente. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UEL/PR. Orientador do trabalho. E-mail: gilberto_ligero@toledoprudente.edu.br

Sobre a Lei 8009/90 falaremos sobre o artigo 3º nela escrito, o qual trata das exceções à regra de impenhorabilidade do bem de família, nos aprofundando mais no inciso VII, que fala sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador.

Como já dito serão apresentados os posicionamentos acerca da constitucionalidade e da inconstitucionalidade de tal norma.

E por fim apresentaremos a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF).

2 ORIGEM DO BEM DE FAMILIA

O bem de família, ao contrário dos vários institutos jurídicos existentes no Direito, não tem sua fonte no antigo direito romano. Sua origem é muito mais recente, remonta a primeira metade do século XIX, seguramente o ano de 1839, na então República do Texas, em virtude de alguns fatores históricos – geográficos e econômicos que delinearemos a seguir.

Segundo Renata da Silva Figueiredo (2014 e p.02),:

Independentes da Inglaterra em 1776, os Estados Unidos eram um território vasto e fértil, e aí se desenvolveu a agricultura, indústria e o comércio de forma exponencial, tornando-o próspero em poucas décadas. Esse grande desenvolvimento atraiu bancos europeus que se fixaram naquela próspera região, possibilitando operações bancárias de todo gênero, incluindo o atendimento de desmesurados pedidos de empréstimos que aportavam grandes capitais, para construção de como escolas, hospitais, canais, estradas e principalmente fábricas.

Surgiu na população, em meio a tanta riqueza, a ilusão da perpétua manutenção deste elevado nível de vida. Assim o povo passou a abusar dos empréstimos – que passaram nem sempre a serem honrados, devido as costumeiras oscilações econômico-financeiras do mercado, tão típicas do capitalismo.

Como consequência disso e da emissão descontrolada de moeda, ocorreu uma grande crise entre o período de 1837 a 1839, sendo o seu estopim a quebra de um grande banco de Nova York, vindo a surgir aos norte - americanos uma de suas mais conturbadas épocas. As ações bancárias perdiam valor e confiança gradativamente conforme a solvabilidade do estabelecimento emissor, assim no ápice da crise quase 1000 bancos fecharam, 33.000 empresas faliram, somando perdas de quase meio bilhão de dólares. Houve penhoras em massa dos bens dos devedores e todo um patrimônio de uma família esvaía-se ante o valor exorbitante que seus empréstimos não pagos alcançavam.

Foi por volta dessa mesma época, em 1836, que o Texas ganhou sua independência do México, tornando-se uma República – neste ínterim seu território também bastante rico em terras férteis e minérios recebeu um grande número de imigrantes estadunidenses espoliados de seus bens, que procuravam reconstruir seus lares ou iniciar uma nova vida, atraídos por um instituto criado pela Constituição Texana de 1836 que possibilitava a todo cidadão do Texas, chefe de família ou solteiro, a obtenção, junto ao Estado de uma pequena porção de terras para seu cultivo e moradia.

Em 26 de janeiro de 1839, foi promulgada a chamada Lei do *Homestead* (*home*: casa, e *stead*: lugar), que significa "uma residência de família", cuja redação estabelecia que seria reservado a todo cidadão ou chefe de uma família 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, além de uma ajuda de custo para aquisição de mobiliário, utensílios domésticos, ferramentas para lavoura ou aparatos e livros de comércio, etc.

Segundo as lições de Álvaro Villaça Azevedo (2007 p.105):

A Lei do Homestead trouxe ao lado da impenhorabilidade dos bens domésticos móveis, que foram, primeiramente, objeto de proteção, também a dos bens imóveis. Daí residir, nesta última característica, a originalidade do instituto e o objeto central de sua abrangência.

Esse homestead, após seu nascimento, espalhou-se pelo território americano, implantando-se, no ano de 1849, em Vermont e Wisconsin; no de 1850, em Nova York e Michigan; no de 1851, em Indiana, Nova Jersey e Delaware e, no de 1864, em Nevada. Nestes Estados do Norte, mais necessitados do instituto, veio ele como remédio imediato, que, em seguida, foi sendo adotado no Sul, dados os nefastos efeitos da Guerra de Secessão causados àquele rico território, primeiramente, no ano de 1865, na Flórida e Virgínia, depois, no de 1868, em Arkansas e Alabama; no de 1870, no Mississippi e na Geórgia.

As bases do bem de família, traçadas na primitiva República do Texas, permanecem vivas na legislação americana atual, nos Estados que admitem sua existência.

De acordo com o jurista americano Rufus Waples (apud AZEVEDO, 2007 p.102): “O *homestead* era “a residência de família, possuída, ocupada, consagrada, limitada, impenhorável e, por diversas formas, inalienável, conforme o estatuído na lei”.

Em 1845, ocorreu a anexação voluntária da República do Texas pelos Estados Unidos tornando-se o Texas no 28º estado dos Estados Unidos.

3 ORIGEM DO BEM DE FAMÍLIA NO BRASIL

O bem de família no Brasil foi influenciado pelo “homestead”, criado na República do Texas Estados Unidos em 1839, e tinha por objetivo proteger as famílias que residiam em pequenas propriedades incentivando sua permanência naquele local, bem como a produtividade das terras.

Tal Lei buscou fixar o homem a terra, tendo como principal característica a impenhorabilidade de seu imóvel, em decorrência desta lei o imóvel familiar estava a salvo de eventuais dívidas contraídas pelos seus titulares.

No Brasil várias foram às formas de tentar-se a introdução do bem de família na legislação, porém, foi difícil e lenta sua chegada.

O Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, já isentava alguns bens de penhora, tendo como objetivo preservar o executado.

Em 1893 o deputado Leovigildo Filgueiras apresentou ao Congresso um projeto de lei o qual tratava da impenhorabilidade de alguns bens, como o seguro de vida instituído pelo devedor em benefício de pessoas de sua família, o imóvel onde residia o devedor e sua família, bem como os utensílios a ela pertencentes. Porém o projeto não foi levado à frente pela Câmara.

Outra tentativa foi a de Coelho Rodrigues, com a apresentação do projeto do Código Civil, também em 1893, que apresentava a proposta da constituição do “lar de família”, especificada nos artigos 2079 a 2090. No entanto, o projeto não tornava impenhorável o lar de família. Coelho Rodrigues foi contratado pelo Governo, para fazer o projeto do Código Civil, mas teve seu projeto rejeitado.

Segundo Tatiane Matarazzo (2009 e p.03):

Francisco Toledo de Malta, deputado paulista, em 1903 apresentou a Câmara dos deputados um projeto cujo título era “a isenção da penhora (homestead) ao imóvel rural”, o projeto tratava apenas do prédio rural tornando-o impenhorável, bem como a casa, as benfeitorias, os frutos, os móveis, utensílios, instrumentos de trabalho, os animais de criação; também delimitava o valor do imóvel e seu tamanho. Apesar de tratar de maneira mais criteriosa o assunto, teve um aspecto negativo quanto ao tornar extinto o privilégio caso os pais viessem a falecer e apenas restasse herdeiros menores de idade. Esse projeto também não obteve êxito, apesar de ter recebido o n. 249 e de ser apreciado pela Câmara, no final não foi levado adiante.

Esmeraldino de Bandeira propôs o projeto do Código de Processo Civil que foi aprovado pelo Decreto n°. 8.332 em 1910, entretanto esse foi suspenso

pelo Decreto n.º8.435 do mesmo ano, a fim de que aguardasse pronunciamento do Congresso Nacional, o que nunca ocorreu. Nesse projeto Esmeraldino demonstra claramente a adoção do homestead, isentava de penhora a casa de propriedade do devedor, por ele habitada com sua família, traz também limitação ao valor do imóvel devendo a inalienabilidade do imóvel ser demonstrada de forma pública e averbada no registro de hipotecas. Até o momento histórico datado todas as tentativas de implementação do bem de família na legislação pátria foram frustrantes, ao passo que nenhuma delas obteve êxito em serem publicadas. Mas com a entrada em vigor do Código Civil de 1916 a figura do bem de família passa a adentrar a nossa legislação, mesmo que de forma discreta e deficiente.

Sabe-se que o projeto do Código Civil de 1916 de Clovis Beviláqua não previa o bem de família, então coube a Comissão Especial do Senado apresentar um parecer mandando incluir quatro artigos, que sofreram algumas alterações. O bem de família foi regulamentado nos artigos 70 a 73. A finalidade era proteger a família, evitando que sua moradia fosse penhorada e esta ficasse desamparada. Os quatro artigos trataram de forma simples o assunto, deixando lacunas na Lei.

Lacunas como quanto o valor do imóvel, seu tamanho ou sobre os bens que nele há, só foram preenchidas com o novo Código Civil de 2002; deu o valor de 1/3 do patrimônio líquido do instituidor.

Também há de se observar que o Código de 1916 deu ao “chefe de família” o poder para se valer do instituto; em seu artigo 233 edita que o marido é o chefe da sociedade conjugal, ou seja, não dava legitimidade a mulher para o instituir, a não ser que fosse viúva ou a ela incumbisse a direção do casal. Essa situação perdurou até a entrada em vigor da Constituição de 1988, que mudou profundamente a situação, ficando proibida qualquer diferenciação entre homem e mulher, igualando o exercício de direitos e deveres da sociedade conjugal, art. 226, § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

4 BEM DE FAMÍLIA

A razão fundamental da Lei nº 8.009/90, que instituiu a impenhorabilidade do bem de família, é proteger o direito de propriedade dos que possui apenas um imóvel, do qual dependem para abrigar a família. A proteção existe contra a ganância lucrativa de entidades financeiras, de agiotas e de outros

elementos, que soem apoderar-se dos pequenos patrimônios de seus devedores, geralmente de forma escabrosa e muitas vezes, desumana.

Como diz Álvaro Villaça Azevedo: “O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicilio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.

Já na conceituação de Miguel Maria de Serpa Lopes (1988 p. 352/353): “... no Bem de família a inalienabilidade é criada em função de um outro objetivo: assegurar a residência da família, sendo esse o objetivo principal, e a inalienabilidade um simples meio de atingi-lo”.

A instituição do bem de família, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2004, p.557-8): “É uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio”.

Com a criação desse instituto, observa-se que a vontade do legislador não foi a proteção do direito patrimonial do indivíduo, mas sim a tutela de seu direito fundamental à moradia, constituindo o patrimônio, nesse caso, para a efetivação de um direito maior.

Bem de família voluntário ou convencional: pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, mediante escritura pública ou testamento, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido das pessoas que fazem a instituição – o limite estabelecido pela legislação visa proteger eventuais credores.

Diz o Art. 1.711 do CC: “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”.

Bem de família legal ou obrigatório (Lei 8009/90): determina a impenhorabilidade do imóvel residencial, independentemente da instituição do bem de família convencional. O bem de família legal é instituído sem uma série de formalidades que o convencional possui, por exemplo, não depende de escritura, de registro, e também não torna o imóvel inalienável.

4.1 Bem de Família Legal

Em busca de conceder maior proteção à entidade familiar, o legislador criou por meio de Medida Provisória 143/90, convertida na Lei nº 8009/90, o bem de família legal, que veio estabelecer uma nova forma de impenhorabilidade do bem de família, cuja proteção independe de ato de vontade do titular.

Tal lei trouxe uma modalidade de bem de família instituída pelo próprio Estado, sendo considerada Lei de ordem pública em defesa do núcleo familiar, independente de ato constitutivo junto ao Registro de imóveis.

A Lei 8009/90 assegura a impenhorabilidade do imóvel onde reside o casal, ou a família, ao protegê-lo contra dívidas de qualquer natureza, contraídas pelos cônjuges ou pelos filhos, que sejam seus proprietários e nele residam, ressalvada as hipóteses previstas em lei.

Na época que essa lei entrou em vigor surgiram críticas contra sua constitucionalidade.

Como dito por Rainer Czajkowski (1998 p. 30):

No âmbito material, não existem razões fortes o suficiente para determinar a inconstitucionalidade integral da Lei 8009/90, embora argumentos bastante ponderáveis recomendem, incisivamente, cautela na sua aplicação. Sob o prisma da inconstitucionalidade parcial, porém, subsiste a intrigante redação do art. 6º: “São canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória 143/90, que deu origem a esta Lei”. É no exame deste artigo que se baseia toda a polemica sobre a aplicação retroativa ou imediata da lei, e a constitucionalidade do dispositivo condiciona-se à apreciação deste tema.

Porém a Lei 8009/90 foi entendida como plenamente constitucional por maioria da doutrina, tendo em vista tratar de norma que visava a proteção de um interesse maior.

Nesse caso, o instituidor do bem de família é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da cédula familiar, reconhecendo a impenhorabilidade do imóvel que serve de residência para o titular, por força da lei, não exigindo qualquer registro em cartório.

A impenhorabilidade legal do bem de família atinge não apenas o imóvel, mas também as suas construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos, além de acobertar os imóveis que guarnecem o lar, desde que quitados (art.1º, Lei 8009/90).

O objetivo de proteger o patrimônio mínimo, por meio da instituição do bem de família, não é conceder proteção ilimitada ao devedor. O que se visa é tutelar o equilíbrio entre esses dois polos, ponderando os interesses envolvidos na relação. O credor também terá proteção estatal, para guardar a sua própria dignidade.

Eis o que dispõe o Art. 1º da Lei 8009/90:

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.

Verifica-se, dessa forma, a preocupação do legislador em estampar de forma clara os contornos de tão importante direito subjetivo, capaz de concretizar o direito social de moradia.

4.2 Penhora

Para continuar tratando da (im)penhorabilidade do bem de família, é importante mencionar alguns aspectos legais e doutrinários relacionados à penhora, como ato executivo.

A tutela jurisdicional executiva é a proteção conferida pela Constituição Federal, nos termos do Art. 5º, inciso XXXV, e pela legislação infraconstitucional, nos termos, por exemplo, do cumprimento de decisão judicial (Arts. 513 a 538 do CPC) ou do processo de execução de título extrajudicial (Arts. 771 a 925 do CPC), ao jurisdicionado que pretenda fazer valer a obrigação prevista no título judicial ou extrajudicial.

Os atos processuais capazes de materializar a tutela executiva são dotados de características próprias, pois na estrutura dos mesmos é possível encontrar poderes-deveres jurisdicionais de invasão patrimonial (p.ex.: penhora dos

bens do devedor) ou medidas tendentes a provocar no devedor o cumprimento “voluntário” da obrigação, denominadas medidas coercitivas.

Entre tantos atos processuais executivos, merece destaque, por sua íntima relação com o tema, a penhora, que é um ato executivo sub-rogação, por meio do qual “define-se, judicialmente, o bem sobre o qual recairão os atos executivos”. (MEDINA, 2015, p. 1116)

O ato da penhora tem a finalidade de individualizar o bem, entre aqueles que pertencem ao patrimônio do executado, que ficará sujeito ao cumprimento da obrigação de pagar quantia.

É um ato de execução direta porque o juiz determinará a realização da constrição do bem, independentemente da intervenção do exequente e muito menos do executado, a não ser quando estes indicam qual ou quais bens serão penhorados.

De acordo com o Art. 831 do CPC, a penhora se dará em tantos bens quantos sejam suficientes para o pagamento da obrigação principal, com os acréscimos da correção monetária, juros, custas e honorários advocatícios.

Porém, nem todos os bens que estão no patrimônio do devedor são passíveis de penhora, pois a lei estabelece impenhorabilidades absolutas e relativas ou hipóteses de inalienabilidade, como preconiza o Art. 832 do CPC.

Entre os impenhoráveis estão os bens de família, não importando se legais ou voluntários, contudo, dentre esse bens são encontradas exceções.

4.3 Exceções à Impenhorabilidade do Bem de Família

Como já dito, o fundamento da impenhorabilidade do bem de família é a proteção da dignidade do devedor, de seu patrimônio mínimo.

Porém, em alguns casos a natureza da dívida não justifica a impenhorabilidade do imóvel. Nesses casos há exceção à regra de impenhorabilidade do bem de família, sendo possível o mesmo ser penhorado pelo titular do crédito.

Os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos estão excluídos da impenhorabilidade.

O artigo 3º da lei 8.009/90 fala que 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;

Esses créditos têm natureza de caráter alimentar, de primeira necessidade, pois normalmente os empregados domésticos, vivem do seu trabalho e sustentam sua família com o salário advindo dos serviços que prestam no âmbito da casa de família. No entanto a exceção não abrangeria a empresa que terceiriza trabalhos domésticos, nem os serviços prestados por empregados de condomínio de apartamentos.

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;

A casa de moradia, edificada com base no empréstimo contraído de instituição bancária para o fim de adquiri-la ou construí-la, não isenta o imóvel de penhora na execução.

III - pelo credor de pensão alimentícia;

Esse inciso justifica-se, pois a satisfação da necessidade alimentar é mais importante que a de moradia, ainda assim, não importa se os alimentos não serem destinados para atender diretamente as necessidades primárias da vida, ocorrerá a exceção a impenhorabilidade do imóvel se os alimentos forem direcionados à manutenção da condição socioeconômica ou do status do alimentando.

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

O patrimônio gravado com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade servirá também para pagar dívida tributária, conforme art. 184 do CTN:

Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Dependendo do caso concreto o bem de família servirá também para pagar a dívida tributária. Se a dívida é decorrente de IPTU a pessoa corre o risco de perde seu bem de família, mas se a dívida é de IRPF não, pois a dívida tem que ser relacionada ao imóvel.

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

O caso em tela configura-se na situação em que o devedor, na constituição de um contrato de mútuo oferecer como garantia real, o imóvel residencial da família.

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

O aludido inciso VI cuida exclusivamente da indenização decorrente da prática de ilícito penal, exigindo expressamente “sentença penal condenatória”. Segundo Carlos Gonçalves (apud GONÇALVES, 2011 p.597): quanto à primeira parte do inciso VI, do artigo 3º, se o bem de família foi adquirido com produto do crime, não resta dúvida que o mesmo responde em sua totalidade, dada a origem criminosa dos valores despendidos em sua aquisição. Por outro lado, se tratar apenas de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento ou indenização devida por um dos membros da entidade familiar, por ela somente responde a sua parte ideal, já que os demais não participaram da prática do ato delituoso. O perdimento de bens, da mesma forma, somente atingirá a parte ideal do condenado criminalmente.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Antes da Lei n. 8.009/90, o imóvel residencial do fiador estava isento de constrição judicial. Todavia, o art. 82 da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91) acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009/90, objetivando viabilizar as locações em geral.

Ainda de acordo com o Art. 4º da lei, não se beneficiará do disposto nela aquele que, estando insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. Neste caso, o juiz poderá, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese. E ainda estabelece que quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

As exceções de impenhorabilidade do bem de família se justificam por conta que o pagamento dessas dívidas se apresenta com maior importância diante da preservação do bem de família.

Contudo, o que está previsto no inciso VII do artigo 3º da Lei 8009/90, apresenta inconstitucionalidade, por violar o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF/88) e do direito fundamental à moradia.

A Emenda Constitucional nº 26 de 2000 trouxe para os direitos sociais previstos na Constituição Federal, o direito à moradia: “Art.6: 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 a infância, na forma desta Constituição”.

A partir do ano de 2000 quando foi previsto o direito à moradia entre os direitos sociais, começou um grande debate para ser revogado ou não o inciso VII do artigo 3º da Lei 8009/90.

5 DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Antes de começarmos a descrever sobre o assunto, se faz necessário uma breve análise sobre o que é a fiança.

A fiança é uma espécie de contrato através do qual uma pessoa, o fiador, garante com seu patrimônio a satisfação de um credor, caso o devedor principal, aquele que contraiu a dívida, não a solva em seu vencimento.

O contrato de fiança é classificado como unilateral, gratuito, personalíssimo e acessório.

Unilateral porque cria obrigações apenas para uma das partes, o fiador; gratuito porque o fiador suporta o sacrifício patrimonial somente, não tendo para si nenhuma vantagem; personalíssimo porque é em razão da confiança que o credor deposita no fiador e acessório porque não tem existência autônoma e independente, estando sempre ligado ao contrato principal.

O inciso VII do artigo 3º da Lei 8009/90 traz a penhorabilidade do bem de família do fiador, enquanto o imóvel do locatário, devedor principal encontra-se protegido pela regra geral, a impenhorabilidade legal, o imóvel residencial do fiador, devedor acessório, é penhorável por força da exceção trazida pelo dispositivo da Lei 8009/90.

Diante disso, percebe-se a incompatibilidade entre o inciso VII do artigo 3º da Lei 8009/90 e a Constituição Federal, porque tal Lei fere o direito social a moradia prevista no artigo 6º da CF/88.

A lesão à isonomia está no fato de o fiador ser devedor acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o devedor principal. A isonomia está prevista no artigo 5º, *caput*, da CF/88: “Art.5º, *caput*. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Os que defendem a possibilidade de penhora do bem de família do fiador entendem que a exceção prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8009/90 tem eficácia plena.

Estes argumentam que o direito à moradia prevista no artigo 6º da CF/88, é uma norma programática, dependendo de uma norma infraconstitucional para dar-lhe eficácia, não podendo ser reconhecida sua eficácia.

Outro argumento que usam é que a previsão do inciso VII constitui um importante incentivo ao direito à moradia.

Mas a realidade é que a exceção contida no inciso VII é diferente das outras, as outras exceções se justificariam pela previsão de bens e interesses maior ou igual relevo, enquanto a exceção do inciso VII decorreria de mera pressão exercida pelo mercado de locação, em que se privilegiaram interesses econômicos em detrimento que prejudica o direito fundamental.

6 DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8009/90 (STF)

Como esperado, a tão polemica questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, órgão guardião da Constituição e instancia máxima de julgamento em matérias constitucionais.

A discussão se pautou no fato de o inciso VII do artigo 3º da Lei 8009/90 estar ou não confrontando o texto constitucional e ao final da votação, foi entendido por maioria, 7 votos por 3, mantendo, desta forma, a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família, pois o dispositivo estaria de acordo com a Carta Maior, devendo prevalecer a possibilidade de penhora do bem de família do fiador.

Sendo assim, o entendimento predominante para o Supremo Tribunal Federal, é que é possível a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação. Eis a notícia do julgamento tratou especificamente do assunto:

Bem de família de fiador pode ser penhorado, entende o plenário
O único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário. A decisão foi tomada por maioria pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que rejeitou um Recurso Extraordinário (RE 407688), no qual a questão era discutida.

No recurso, o fiador M.J.P. contestou decisão do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que havia determinado a penhora de seu único imóvel para o pagamento de dívidas decorrentes de contrato de locação. O tribunal paulista entendeu que a Lei 8.009/90 protege o bem de família, mas faz uma

ressalva, no entanto, para os casos em que o imóvel é dado como garantia pelo fiador, em contrato de aluguel (artigo 3º, inciso VII).

A questão chegou ao Supremo porque o fiador, inconformado com a decisão do tribunal paulista, recorreu alegando que o dispositivo da Lei 8.009/90 ofende o artigo 6º da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional 26/2000, que incluiu a moradia no rol dos direitos sociais amparados pelo texto constitucional.

O julgamento

Durante o julgamento pelo plenário do STF, os ministros debateram duas questões: se deve prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador, e arcar com essa respectiva responsabilidade, ou se o direito social à moradia, previsto na Constituição, deve ter prevalência.

Isso implicaria dizer se o artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90 estaria ou não em confronto com o texto constitucional, ao permitir a penhora do bem de família do fiador, para o pagamento de dívidas decorrentes de aluguel.

O relator da matéria, ministro Cezar Peluso, entendeu que a Lei 8.009/90 é clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade o bem de família de fiador. Segundo o ministro Peluso, o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel e, nessa situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica.

O ministro Peluso não vê incompatibilidade entre o dispositivo da lei e a Emenda Constitucional 26/2000 que trata do direito social à moradia, ao alterar o artigo 6º da Constituição Federal. O voto do ministro Peluso foi acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

A divergência

O ministro Eros Grau divergiu do relator, no sentido de afastar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador. O ministro citou como precedentes dois Recursos Extraordinários (RE 352940 e 449657) relatados pelo ministro Carlos Velloso (aposentado) e decididos no sentido de impedir a penhora do único imóvel do fiador. Nesses dois recursos entendeu que o dispositivo da lei ao excluir o fiador da proteção contra a penhora de seu imóvel feriu o princípio constitucional da isonomia.

Esse entendimento também foi citado pelos ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, que acompanharam a divergência aberta pelo ministro Eros Grau. Os três votos divergentes no julgamento foram no sentido de que a Constituição ampara a família e a sua moradia e que essa proteção consta do artigo 6º da Carta Magna, de forma que o direito à moradia seria um direito fundamental de 2ª geração, que tornaria indisponível o bem de família para a penhora.

Mas prevaleceu o entendimento do relator. Por 7 votos a 3, o plenário acompanhou o voto do ministro Cezar Peluso e negou provimento ao Recurso Extraordinário, mantendo, desta forma, a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador.

7 CONCLUSÃO

É possível concluir que desde muito tempo, há uma preocupação da sociedade com a entidade familiar, começando do Texas, e se espalhando pelo

mundo todo, chegando até o Brasil de forma árdua. O legislador, reconhecendo-a como “base da sociedade”, atentou-se em lhe conferir proteção constitucional, o que se permite afirmar que um dos meios de demonstração desta proteção é o implemento do instituto do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse instituto reconhece a impenhorabilidade face às execuções por inadimplemento de obrigações ao imóvel que sirva de asilo à família. Ou seja, o bem de família corresponde ao bem inapto a sofrer constrições por dívidas, assegurando à família o direito de propriedade, e acima de tudo, a moradia.

De acordo com a vontade do legislador infraconstitucional, o bem de família do devedor é impenhorável, já o bem de família do fiador, devedor subsidiário, é penhorável, circunstância que viola de modo significativo a Constituição Brasileira, que traz o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, e o direito fundamental e social de moradia.

Apesar dessas nítidas violações, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a exceção reconheceu que o dispositivo não ofende o texto constitucional. Contudo, ainda que o STF tenha reconhecido a constitucionalidade da exceção prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8009/90, conforme demonstrado, não se pode privilegiar a liberdade de contratar em avaria ao direito à moradia.

Assim, por todo o exposto neste trabalho, considerando a súmula vinculante a respeito do tema, ainda há esperança que seja declarado a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família** – São Paulo : ATLAS, 2002, p. 93.

CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família**. Curitiba : Jurua, 1998.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, organizadores. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: Parte Geral**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2007, vol. VI.

MARMITT, Arnaldo. **Bem de família**. Rio de Janeiro : Aide, 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3ª ed. São Paulo : RT, 2015.

SANTOS, Maiara Aparecida Galdino. **A penhorabilidade do bem de família do fiador (MONOGRAFIA)**. Presidente Prudente : Toledo Prudente Centro Universitário. 2012

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A penhora e o bem de família do fiador da locação** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

Sites:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/anaaraujo.pdf> Acesso em: 12/02/2016

<<http://www.webartigos.com/artigos/evolucao-historica-do-bem-de-familia-no-direito-brasileiro/18813/>> Acesso em: 12/02/2016

<<http://ebanoteles.blogspot.com.br/2010/11/bem-de-familia-conceito-especies-e.html>> Acesso em: 23/03/2016

<<https://www.youtube.com/watch?v=jAMF1MrcILQ>> Acesso em: 25/03/2016

<http://www.conjur.com.br/2005ago26/penhora_imovel_familia_fiador_inconstitucional> Acesso em: 25/03/2016

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=66391#>> Acesso em: 28/03/2016

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8512/Bem-de-familia-legal-ou-obrigatorio-Lei-8009-90>> Acesso em: 01/04/2016

<<http://www.blogladodireito.com.br/2013/08/o-que-e-penhora.html#.V6jP163XLIU>> Acesso em: 08/08/2016

<<http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=20983>> Acesso em: 08/08/2016

<<https://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20071020081124AA5vmho>> Acesso em: 08/08/2016

<<http://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/103/Fianca-Civil>> Acesso em: 22/08/2016