

A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Eliane Rodrigues de Faria Carvalho

Bacharel em Direito – Uni-BH

Graduada em Letras Português-Inglês - PUC-MG

Servidora Pública do TRT-MG

Ana Sofia Rezende Sauma

Professora Orientadora do Trabalho de Conclusão de Curso

Mestre em Filosofia do Direito - UFMG

Defensora Pública de Minas Gerais

Professora do Curso de Direito do Uni-BH

RESUMO

A intenção desta pesquisa é mostrar a diferença de tratamento que é dispensada ao locatário e ao fiador que se encontram numa mesma situação diante da inadimplência no pagamento de aluguéis vencidos em contrato de locação. Os referidos cidadãos são regidos pelo mesmo ordenamento jurídico, que tem no seu ápice a Constituição Federal, baseada em princípios pilares norteadores de todo o sistema normativo, dentre os quais se destacam o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A presente análise torna-se relevante, sobretudo, diante da tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6413/09, do deputado Vicentinho Alves (PR-TO), que tem como escopo alterar o texto da Lei do Inquilinato, com a proibição da penhora do bem de família do fiador, o que fará, caso

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



seja aprovado, valer o disposto no texto constitucional, que assegura proteção e concede direitos iguais a todos os cidadãos.

Abstract

The purpose of this paper is to show that a tenant and his co-signer receive different treatment when the former defaults on the rent payment. Despite being subjected to the same legislation, one which is based in the Federal Constitution which hold the principles of equality and dignity among men, these two parties are dealt differently by the law. Something ought to be done to stop the unfair different treatment of the two parties. Indeed, there is a law project (6413/09) written by Vicentinho Alves, a congressman for the state of Tocantins (PR-TO), which proposes changes to the real estate rent law disallowing the pawning of a surety's property. If approved, the project will ensure the observance of the constitution, which bestow equal rights and protection to all citizens.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a penhora do bem de família do fiador.

O tema escolhido é bastante controvertido, tendo ficado mais acirrada a discussão em torno do mesmo a partir da publicação da Emenda Constitucional no. 26 de 15 de fevereiro de 2000, que elevou o direito à moradia a um direito social do cidadão, tendo sido acrescentado ao artigo 6º da Constituição Federal pela referida Emenda.

Inexiste na doutrina e na jurisprudência um posicionamento unânime sobre o tema em estudo, embora haja uma tendência de se consolidar o entendimento pela total constitucionalidade do dispositivo da lei que permite a penhora do bem de família do fiador, que é dado em garantia para pagamento de dívidas decorrentes do inadimplemento do locatário em contrato de locação.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



Buscando mostrar a relevância desse instituto para o cidadão a partir da conceituação e origem do mesmo, partiu-se para uma análise mais detalhada sobre a responsabilidade assumida pelo locatário e pelo fiador nos contratos de locação e de fiança de um imóvel alugado.

O tratamento que é dispensado pela lei a esses dois cidadãos, o locatário e o fiador não poderia deixar de ser abordado no desenvolvimento do assunto em tela para que seja observado de forma clara o quão diferente e injustamente são tratados o locatário e o fiador, à luz do ordenamento jurídico, com relação à proteção e desproteção do bem de família de um e de outro.

Com o intuito de melhor justificar o ponto de vista em questão, foi confrontado o inciso VII do art. 3º da Lei no. 8.009/90, acrescentado pela lei no. 8.245/91, que permite a penhora do bem de família do fiador, com princípios pilares da nossa Carta Magna como os da isonomia e da dignidade da pessoa humana, bem como com a Emenda Constitucional no. 26/2000, que conforme já dito, elevou o direito à moradia à condição de direito social do cidadão, passando a ser então uma garantia constitucional, conferida a TODOS.

Espera-se que seja alcançado em curto espaço de tempo um consenso justo, que não gere dúvidas quanto a sua constitucionalidade, sobre este tema. Que a injustiça que é feita com a aplicação do disposto no inciso VII do art. 3º. Da Lei n.8.009/90, que permite a penhora do bem de família do fiador seja detectada por todos e principalmente pelos “Donos da Lei” que são os que podem mudar alguma coisa e que realmente seja feita a mudança devida no texto legal.

Que “estes senhores” não permitam mais que vigore a lei no. 8.009/90, com o inciso VII do art. 3º uma vez que à luz de tudo o que é consagrado em termos de isonomia e dignidade do cidadão, é totalmente inconstitucional.

2 ORIGEM DO BEM DE FAMÍLIA

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



2.1 No Mundo

A origem do instituto do bem de família hoje existente no Brasil e no mundo tem origem no homestead americano (home = lar; stead = local). Em meados do século XIX se desenvolveu paralelamente nos Estados Unidos as figuras do homestead federal e do homestead estadual, este último tendo nascido no Texas.

Pode-se atribuir a criação do instituto do bem de família primeiramente à preocupação da República do Texas de proteger as famílias que habitavam seu território. Quando foi editada a Lei do homestead estadual em 26.01.1839, a República do Texas estava passando por uma crise de superpopulação, tinha muitos imigrantes em seu território e era de grande porte a desestabilidade econômica. Conforme pesquisado no site jus2.uol.com.br/doutrina: “foi nessa situação que, em 1839, surgiu a figura do homestead estadual”.

De acordo com Ritondo (2008, p.19) “homestead significa local do lar e foi criado com o intuito de resguardar a família dos percalços de ordem econômica, de modo a garantir-lhe o mínimo necessário à sobrevivência”.

Com a crise que estava gerando a quebra de muitas empresas da região e a problemática conjuntura econômica, de acordo com o site citado acima “as famílias texanas estavam ameaçadas pela miséria. A lei texana do homestead estadual veio proteger as suas famílias do desabrigo e conseqüente desestruturação”. (jus.2.uol.com.br/doutrina).

Com o desenvolvimento da agricultura e do comércio, a população começou a enxergar lucro fácil, contraindo muitos empréstimos, e com isso, se perdeu em enormes dívidas e como conseqüência com a pressão dos credores, as famílias passaram a entregar tudo o que tinham, ficando sem onde morar e até mesmo sem o que comer.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



Foi no ímpeto dessa crise que levou a sociedade Texana a beira de uma degradação total, que foi editada a Lei do homestead estadual, que tinha como principal escopo fixar o homem à terra, que era muito produtiva e necessitava ser trabalhada para gerar alimentos para suprir a necessidade da população da época, que atravessava também dentre outros, sérios problemas sociais e financeiros.

Essa Lei do homestead estadual, além de dar guarida às famílias, proporcionando-lhes um lugar para morar e evitando que se desmantelassem, tornou impenhorável, por qualquer execução judicial e por qualquer tipo de dívida, tendo decretado totalmente impenhoráveis, todos os bens móveis domésticos e o imóvel de morar do devedor, composto por área de até 50 acres, de terra rural ou um lote de terreno na cidade, de valor não superior a 500 dólares habitados pelas famílias do Texas, todos os instrumentos aratários, até o valor de 50 dólares, além das utilidades, instrumentos e livros destinados ao comércio ou ao exercício profissional do devedor ou qualquer cidadão, cinco vacas leiteiras, uma parelha de bois ou um cavalo, vinte porcos e todas as provisões necessárias a um ano de consumo. (SANTIAGO, 2004).

Ainda conforme pesquisa no site (jus.2.uol.com.br/doutrina), foi com esse intuito de proteger à família que o homestead estadual se desenvolveu no Texas, espalhando-se pelos outros estados dos Estados Unidos quando da anexação do Texas ao seu Território, e posteriormente, influenciando a adoção do instituto por outras legislações do mundo e é mais ou menos com as mesmas características que o bem de família persiste até hoje nos EUA e no resto do mundo, inclusive no Brasil, com pequenas alterações.

Segundo Santiago:

a partir da criação do homestead estadual, que se expandiu por demais territórios nos Estados Unidos, visando a povoação e colonização dos territórios inabitados do oeste dos Estados Unidos, em 1862 foi criada a Lei do homestead federal, já nessa época fazendo parte dos Estados Unidos a República do Texas que foi incorporada em 1945. (SANTIAGO, 2004).

A Lei do homestead federal exigia que as famílias tornassem a terra produtiva e após 5 anos de bom trabalho e bons resultados advindos do cultivo da terra, adquiriam definitivamente o seu domínio. Essa foi a política adotada pelos Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



Estados Unidos para tentar o reequilíbrio socioeconômico que estava tão fragilizado à época.

2.2 No Brasil

O instituto do bem de família, antes mesmo do projeto e Clóvis Beliváqua foi instituído por Coelho Rodrigues em seu Projeto de Código Civil Brasileiro em 1893, com o nome de “da constituição do lar da família”, não tendo, no entanto encontrado apoio suficiente entre os demais juristas da época.

Ainda em 1903 houve nova tentativa de inclusão do instituto do bem de família no Direito Civil Brasileiro, pelo então deputado à época, Francisco de Toledo Malta, que apresentou um projeto contendo quinze artigos, que chegou a passar pela Câmara dos Deputados mas não saiu do Senado Federal.

Consta dos relatos históricos sobre o tema que foi somente quando da elaboração do Código Civil pelo Senado que o instituto do homestead foi apresentado, tendo sido incluído no direito brasileiro, pelo então senador à época, Fernando Mendes Almeida, através de emenda que foi publicada em 05.12.1912.

Quando do seu surgimento o instituto bem de família foi inserido na parte geral do Código Civil no livro das pessoas, para somente após algum tempo ter sido colocado ao local mais adequado, o livro dos bens.

Segundo Azevedo (2003, p.9) “O Projeto de Código Civil brasileiro de Orlando Gomes (1965) incluiu o bem de família em seu livro II, “Do Direito de Família” (art.175 a 181), muito acertadamente; entretanto, a estruturação do instituto continuou a mesma...”.

Com o mesmo propósito, o Código Civil de 2002 trata do bem de família em seus arts. 1711 a 1722, referentemente a direito patrimonial.

Ainda segundo Azevedo:

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.

Hoje no Brasil o instituto do bem de família visa mais ser mais um meio de proteção da família garantindo-lhe por esse meios, um teto quase que totalmente inalienável, observando o que dispõe o art. 226, caput da Constituição Federal de 1988 que eleva a família à condição de base da sociedade e merecedora de proteção do próprio Estado, que é sem dúvida o maior interessado em ter todas as células que o constroem sadias, fortes e bem amparadas para comporem pilares robustos de sua sustentação. (AZEVEDO, 2003, p.6 -10).

Como podemos verificar pelo acima exposto, é muito remota a origem do bem de família, tendo sido descoberta a necessidade desde nossos antepassados de se dar um lugar seguro e protegido para a família e o cidadão se desenvolver com segurança, podendo compartilhar seus sucessos e angústias com os seus companheiros de moradia, sejam consangüíneos ou não, ou ainda consigo mesmo, podendo a partir dessa base sólida, do aconchego nesse lugar, onde podem ter sossego do corpo e da alma, desenvolver suas ações, projetando no trabalho, na criação dos filhos e em todo o seu convívio em sociedade, bons resultados advindos da tranqüilidade de ter um local para morar, sob a proteção do Estado.

3 BEM DE FAMÍLIA

3.1 Conceito de bem de família

O conceito de bem de família, envolve muito mais do que um significado de casa, local para o ser humano se proteger, se abrigar, significa o local onde ocorre a formação da personalidade, do caráter do indivíduo, das suas relações de afetividade seja com seus familiares, seja consigo mesmo, e sem nenhuma sombra de dúvida o resultado dessa sensação de proteção e segurança que o indivíduo e/ou todo o núcleo familiar obtiver, surtirá efeito nas suas atitudes externas, seja de laços afetivos, seja no trabalho, repercutindo mais uma força positiva para toda a sociedade.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



No dizer de Maria Berenice Dias:

mesmo que a Constituição assegure proteção à família, sua maior responsabilidade é com o cidadão. O enfoque central do ordenamento jurídico é o ser humano. Apesar de a expressão “bem de família” dar a entender que o instituto se destina à proteção da entidade familiar, passou a justiça a reconhecer que se trata de instrumento de proteção à pessoa do devedor, tendo ele ou não família, morando ou não sozinho” (DIAS, 2007, p.521)

È interesse do Estado essa proteção do indivíduo seja como parte de uma família seja um solitário cidadão, pois está em cada ser humano uma célula constitutiva que faz parte de um dos vários pilares que sustentam a nossa sociedade e que é computado para os conceitos finais que são atribuídos a uma nação. A segurança proporcionada com a proteção de um lugar para morar traz indubitavelmente a possibilidade de obtenção de melhores resultados em todo o campo de atuação do cidadão e da família, seja no próprio âmbito familiar, social de uma maneira geral, e no desempenho de suas atribuições.

O bem de família pode ser voluntário, aquele que pode ser instituído pela vontade do interessado ou de terceiro nos moldes preestabelecidos na lei, que determina o atendimento a uma série de requisitos, conforme dispõe o art. 1711 do Código civil:

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.

o terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada. (parágrafo único do art. 1711).

Também pode o bem de família ser involuntário ou legal, aquele que é regulado pela Lei no. 8.009/1990, que trata sobre a impenhorabilidade do bem de

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



família, não dependendo da manifestação do interessado e não estando condicionado a qualquer formalidade, e nem limitação em relação ao valor ou extensão, não precisando o valor do mesmo se restringir a um terço do patrimônio líquido total do proprietário, como ocorre com o bem de família voluntário, conforme dispõe o já citado art. 1711 do Código Civil/2002. Para que seja constituído o bem de família involuntário, é necessário tão somente que o devedor more em um imóvel, sendo este o único de sua propriedade, que por força da lei, é impenhorável bem como os móveis que o guarnecem, conforme disposto no art.1º da referida Lei:

Art. 1º. da lei no. 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.”

Há exceções ao disposto no artigo citado acima, a começar pelo art. 2º. Da mesma Lei que determina sejam excluídos dessa impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, bem como as demais exceções previstas no art. 3º nos incisos I a VII, merecendo maior destaque este último que foi acrescentado pela Lei no. 8.245/91, que exclui da impenhorabilidade o bem de família do fiador decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

O novo Código Civil sistematizou as regras atinentes ao bem de família no título referente ao direito patrimonial da família nos arts. 1.711 a 1722.

O artigo 1712 do Código Civil define bem de família como:

Art.1712 : o bem de família consistirá em 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.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



O artigo 1714 do código civil dispõe que: “o bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis”.

Para a professora Maria Helena Diniz:

bem de família é um instituto originário dos Estados Unidos que tem por escopo assegurar um lar à família ou meios para o seu sustento, pondo-a ao abrigo de penhoras por débitos posteriores à instituição salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas condominiais. (DINIZ, 2004, p. 203).

Para Álvaro Villaça Azevedo:

bem de família é o meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade. (AZEVEDO, 2004).

É então o bem de família o patrimônio, a propriedade, num sentido de proteção, de abrigo, de guarida, do núcleo familiar ou de um só cidadão, não só no que tange à estrutura material, mas também à estrutura moral da família ou do cidadão.

4 CONTRATOS

Contrato é um negócio jurídico, é um acordo de livre vontade feito pelas partes, tendo por objetivo dispor sobre um determinado bem ou direito, onde são criadas obrigações e direitos aos contratantes.

O contrato para ter validade deverá obedecer aos requisitos previstos em lei, nas palavras do emérito jurista César Fiúza:

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



para que um contrato seja válido, produzindo os efeitos desejados pelas partes, deve, aliás como qualquer negócio jurídico, preencher certos requisitos de validade, que devem estar presentes antes e durante a celebração. (FIÚZA, 2009, p.399 – 403).

São alguns destes requisitos, os objetivos e subjetivos, como abaixo passo a expor.

Requisitos objetivos:

- possibilidade jurídica do pedido, o que significa dizer que o objeto do contrato deve ser material e juridicamente possível, não sendo materialmente possível um contrato que venda ingressos para um show em camarote com todas bebidas incluídas no qual cantarão por toda noite Elis Regina e Gonzaguinha pelo simples fato de os dois já terem falecido e nem tampouco terá validade um contrato que disponha sobre plantação de maconha por ser esse objeto defeso em lei, não sendo juridicamente possível.

- objeto determinado, não podendo constar do contrato simplesmente que aluga-se um imóvel, sem especificá-lo e nem tampouco que vendem-se 10 carros, sendo necessário a determinação, a especificação com todas as características do objeto em questão.

- economicidade, importando em ser o objeto do contrato negociável economicamente, tendo a possibilidade de ser valorado, de ser atribuído a ele um valor em dinheiro.

Requisitos subjetivos:

- capacidade da parte, isto, é, a parte deve ser capaz, deve ter maior de 18 anos, ou ser emancipada, podendo contratar os absolutamente incapazes somente se representados e os relativamente incapazes contratar livremente, desde que assistidos.

- consentimento, isto é, as partes devem contratar por sua livre vontade de expressão.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



- mais de uma parte, ou seja, para que seja celebrado um contrato é necessário que haja no mínimo duas pessoas contratantes, podendo ser físicas ou jurídicas, sendo um elemento essencial de todo contrato, apesar de existir o chamado “contrato consigo mesmo” que se refere por exemplo ao fato de uma mesma pessoa jurídica fazer um contrato com uma de suas filiais, por se tratar na verdade do mesmo grupo empresarial.

Os contratos, ainda de acordo com César Fiúza (2009, p. 470-474): podem ser classificados em:

- típicos – são os que têm previsão na lei, como o contrato de locação e o de compra e venda.

- atípicos – são os que não encontram previsão na lei, como os de factoring e de alienação fiduciária de imóveis.

- consensuais – são os que reputam-se celebrados tão logo as partes entrem em acordo, não necessitando, como os reais que ocorra a entrega da coisa para se concretizarem, podendo ser escritos ou verbais, ou da forma que dispuserem as partes.

- formais ou solenes – são aqueles que devem obedecer à forma prescrita na lei, sendo via de regra escritos.

- reais – os que só se efetivam após a entrega da coisa, como por exemplo o de empréstimo.

- onerosos – são os que trazem ônus para ambos os contratantes, como o de compra e venda.

- gratuitos – são os que não trazem nenhum ônus em contrapartida à vantagem obtida, como ocorre no contrato de doação, em que o ônus existe apenas para o doador que deve entregar a coisa doada.

- bilaterais - são os que trazem para os contratantes direitos e deveres, como o de compra e venda.

- unilaterais – são aqueles em que uma parte só tem deveres e a outra só direitos, como no de doação.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



Os contratos podem ainda ser principais ou acessórios, sendo os primeiros aqueles que existem independentemente de qualquer outro negócio e os últimos os que dependem da existência de outro negócio, como é o caso do contrato de fiança.

4.1 Contrato de locação

O contrato de locação é aquele pelo qual o locador passa ao locatário mediante remuneração (aluguel) por tempo determinado ou não, o uso e o gozo de um imóvel, objeto da locação.

Diante do exposto a respeito de contratos, de uma forma geral, pode-se dizer que o contrato de locação é um contrato principal, pois existe independentemente de qualquer outro negócio, é bilateral uma vez que envolve prestações de ambas as partes contratantes, é oneroso, pois envolve valor em dinheiro (aluguel), é consensual, pois não depende de que haja a entrega da coisa para que se concretize, como ocorre nos contratos reais, e é um contrato não solene uma vez que não tem que observar na lei forma prescrita para a sua elaboração.

Existe no nosso ordenamento a Lei no. 8.245/91, chamada de Lei do Inquilinato, que foi criada para regulamentar as locações de imóveis urbanos.

A lei do inquilinato surgiu para tentar solucionar, ou ao menos amenizar a conturbada relação existente entre inquilinos e donos de imóveis que existe desde que teve início essa relação entre eles.

À época do surgimento da Lei o Brasil enfrentava um agravamento na crise da construção civil, havia poucos imóveis para alugar no mercado e os que havia não eram facilmente disponibilizados para locação devido à insegurança dos proprietários em alugá-los, pois muitas vezes não recebiam aluguéis por meses a fio e até tinham seus imóveis arruinados, o que acabava por gerar uma depreciação futura.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



Segundo Venosa:

tinham ainda os casos em que além de não receberem o dinheiro do aluguel, os locadores não conseguiam retirar o inquilino do imóvel quando precisavam lançar mão do mesmo para morar ou vender e quando conseguiam, não recebiam os aluguéis vencidos, pois, ainda que houvesse fiador proprietário de imóvel garantindo o contrato de locação, o imóvel do mesmo estava protegido pela impenhorabilidade assegurada pela Lei no. 8.009/90. (VENOSA, 2007, p. 126).

A Lei trouxe regras para disciplinar a difícil relação existente no mercado de locação, dando mais garantias ao proprietário inclusive tendo acrescentado à Lei no. 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, o inciso VII, que juntamente com os demais incisos do art. 3º, exclui da impenhorabilidade o bem de família, nesse caso quando dado como garantia por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, que é o principal objeto do presente estudo.

O art. 37 da Lei no. 8.245/91 prevê as garantias que o locador pode exigir do locatário no contrato de locação imobiliária:

Art. 37 – da Lei no. 8.245/91. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

- I – caução;
- II – fiança;
- III – seguro de fiança locatícia;
- IV – cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

Consta ainda do parágrafo único deste artigo que: “é vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação”.

O seguro de fiança locatícia ou fiança bancária, apesar de ser um meio inclusive menos constrangedor para o inquilino, que não precisa ficar pedindo

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



favores a terceiros, e de ser mais garantido pelo credor, certamente pelo fato de ser oneroso, não é muito utilizado.

O seguro de fiança locatícia ou fiança bancária consiste em um compromisso feito com uma instituição financeira que garante ao locador o cumprimento da obrigação assumida pelo locatário com relação às despesas com o aluguel, caso este não as pague. Importa esse seguro no pagamento de certa quantia pelo segurado à instituição financeira baseada no valor mensal do aluguel, garantindo dessa forma o pagamento do valor devido após o acionamento do seguro, caso o inquilino fique inadimplente.

Dentre as quatro previsões de garantia pode-se dizer pela praxe dos negócios praticados no mercado imobiliário que a fiança é a forma mais utilizada de todas.

Com a prestação da fiança o fiador se responsabiliza pelo aluguel e por todas as despesas decorrentes deste, incluindo o condomínio e os tributos incidentes sobre o imóvel, bem como pelos danos causados ao mesmo.

Apesar do disposto no art. 39 da lei do inquilinato (Lei no. 8245/91), que prevê que a garantia prestada em contrato de locação, se estende até a efetiva devolução do imóvel, a menos que haja previsão em contrário pelas partes, a jurisprudência atual tem entendido que não se aplica este artigo, prevalecendo a responsabilidade do garantidor, pelo prazo pactuado entre as partes no contrato, não admitindo a fiança interpretação extensiva, nos termos do disposto no art. 819 do Código Civil.

4.2 Contrato de Fiança

Os artigos 818 a 839 do Código Civil de 2002 dispõem sobre a fiança, trata das disposições gerais, dos seus efeitos e da sua extinção.

Art. 818 “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



Art. “1.481 do Código de 1916: “dá-se o contrato de fiança, quando uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra”.

Existem quatro tipos de fiança, a convencional, que é aquela decorrente de contrato escrito, a legal, que decorre da lei, a judicial, que é determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes e a bancária que prestada por instituição financeira.

É importante o esboço de algumas palavras sobre a diferença entre aval e fiança posto que são duas garantias pessoais do gênero caução, que é toda modalidade de garantia, seja ela real, que recai sobre coisas, quais sejam: penhor, hipoteca e anticrese, ou pessoal ou fidejussória, que recai sobre a pessoa, mais especificamente na confiança que é depositada na pessoa que a presta, como exemplo temos a fiança e o aval.

A fiança independe do consentimento do devedor, podendo ainda ser prestada contra a sua vontade, conforme dispõe o art. 820 do Código Civil:

Art. 820: “pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade”.

O aval é a garantia pessoal de pagamento de um título de crédito prestada por terceiro, que pode ser pessoa física ou jurídica.

Outra diferença entre fiança e aval que é importante destacar, é o fato de a fiança ser uma obrigação subsidiária, existindo o benefício de ordem, salvo se estipulado em contrário pelos contratantes enquanto que no aval não existe esta possibilidade, sendo sempre uma obrigação solidária.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

o aval, também é garantia pessoal, regulado, no entanto, pelos princípios cambiários e com fiança não se confunde. Aval é declaração unilateral cuja finalidade é garantir pagamento de título de crédito. No aval, não há contrato. Trata-se de obrigação autônoma e literal, como toda obrigação cambial. A outorga conjugal é requisito essencial para a fiança, o que não

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



ocorria no aval, até o Código de 2002, que passou a exigí-la, revirando os princípios cambiários tradicionais.

no novo sistema, tanto o aval quanto a fiança exigem a vênua conjugal (art. 1.647, III). Ademais, a solidariedade é princípio cambiário, atingindo consequentemente o aval. Na fiança, a responsabilidade do fiador é subsidiária; a solidariedade entre fiador e afiançado somente pode ser concebida por expressa disposição contratual na esfera civil, sem, contudo, a mesma amplitude do instituto na esfera cambial. Também não se confunde a fiança com a assunção de dívida, pela qual o assuntor assume a dívida de outrem, com modificação subjetiva na relação jurídica. (VENOSA, 2007, p.386)

No aval, diferentemente do que ocorre na fiança, a responsabilidade do avalista não se limita ao tempo de sua vida, passando também aos seus herdeiros e sucessores a totalidade do débito, dentro das forças da herança, sendo essa responsabilidade na fiança repassada aos herdeiros do fiador pelos débitos garantidos vencidos somente até a data de seu óbito, nos limites da herança.

O contrato de fiança, que pode somente ser prestado pela forma escrita, conforme dispõe o art. 819 do Código Civil, é um contrato acessório pois depende da existência de outro negócio para existir, é gratuito, pois via de regra a fiança é prestada sem remuneração, apesar de não existir na Lei nenhum impedimento para que o fiador seja remunerado, além de se expressar ainda a forma gratuita desse contrato no fato de não haver qualquer ônus, qualquer contraprestação que corresponda ao direito da parte beneficiada, só acarretando ônus para o fiador, que garante a dívida do devedor, respondendo de forma subsidiária com seu patrimônio em caso de haver inadimplemento por parte do devedor, não havendo reciprocidade de prestações. É ainda o contrato de fiança um contrato unilateral, pois só uma parte tem direitos (o afiançado), enquanto que a outra só tem obrigações (o fiador).

O contrato de fiança é um contrato “intuito persone”, uma garantia totalmente baseada na confiança na pessoa do fiador, decorrente na maioria das vezes de relações de amizade, de parentesco quase sempre eivado de puro desconhecimento por parte do fiador que assina o contrato com o pensamento única e tão somente voltado para ajudar a proporcionar a um amigo, filho, irmão ou outro Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



parente qualquer um lugar para morar, desconhecendo a severa consequência imposta pela Lei, que essa atitude desprovida de interesse e conhecimento possa lhe trazer.

Qualquer pessoa pode ser fiador, desde que seja maior de idade ou emancipado, e que tenha livre direito à disposição dos seus bens.

O fiador responde com todo o seu patrimônio pessoal caso o devedor o qual afiançou não pague sua dívida para com o credor, podendo este último exigir o pagamento da dívida do fiador até o limite da obrigação constante do contrato de fiança.

A fiança somente valerá até o limite da obrigação afiançada, nos termos do art. 823 do Código Civil:

Art. 823 A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até o limite da obrigação afiançada.

Então, uma vez que a fiança é um contrato acessório em relação ao contrato principal, e é geralmente gratuita, seus efeitos estão restritos à forma do contrato, não podendo ultrapassar o limite da obrigação nem ser mais onerosa.

O fiador só poderá ser chamado para pagar a dívida que garantiu com a prestação da fiança após o descumprimento da obrigação pelo devedor principal.

4.2.1 Benefício de Ordem

O art. 827 do Código Civil prevê a possibilidade de o fiador lançar mão deste instituto quando prestar fiança.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.

Art. 827: “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem o direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”.

Parágrafo único: “O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito”.

O benefício de ordem garante ao fiador somente responder pelo pagamento da dívida se, em primeiro lugar for obrigado o devedor principal e este não satisfizer o total da obrigação.

Não basta estar previsto na Lei, conforme citado acima, que é uma faculdade do fiador a alegação do benefício de ordem com o objetivo de os bens do devedor responderem primeiramente pela quitação do débito, pois isso não é o que ocorre na realidade, em se tratando de contrato de locação, que é na verdade um puro contrato de adesão.

Os termos do contrato de locação já vêm todos impressos, obedecendo a um mesmo padrão, já trazendo em seu conteúdo que o fiador renuncia expressamente ao benefício de ordem, assumindo de forma solidária as obrigações do afiançado, ficando a cargo do fiador, apenas ler e apor sua assinatura no local previamente indicado.

É no mínimo intrigante o fato de não constar em nenhum lugar e nem tampouco ser esclarecido ao fiador o que significa essa renúncia, não deixando claro a esse garantidor que ao assinar o contrato ele está disponibilizando o seu bem de família, o seu lugar de morar, para pagar eventuais dívidas decorrentes do descumprimento do contrato de locação firmado entre o locador e o locatário do qual é fiador.

Ao assinar o contrato com a expressão renúncia ao benefício de ordem, o fiador se torna o principal responsável pela dívida porventura surgida pelo inadimplemento da obrigação constante do contrato de locação pelo locatário,

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



podendo o locador, em caso de inadimplemento por parte do devedor, exigir o pagamento total da dívida do fiador.

Dessa forma não pode o fiador, lançar mão do benefício de ordem, previsto no parágrafo único do art. 827, pois incorre nas exceções previstas no art. 828 do Código Civil:

Art. 828: Não aproveita este benefício ao fiador:

I – se ele o renunciou expressamente;

II – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário.

Caso haja mais de um fiador a responsabilidade entre eles é solidária, não sendo aplicável nesse caso o benefício de ordem aos fiadores, posto que é facultado ao credor escolher o devedor que pagará sua dívida.

Art. 829: A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão.

Parágrafo único: “Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento”.

Dispõe o art. 831 do Código Civil que o fiador que pagar a dívida na sua integralidade pode sub-rogar nos direitos do credor, até o limite do que foi pago, sendo esse direito específico da fiança, de difícil aplicação a outras modalidades de sub-rogação. A parte do fiador insolvente será distribuída pelos outros, no caso de fiança prestada por mais de um fiador.

Entende-se que não surte nenhum efeito o disposto no art. 831 do Código Civil, no que concerne à faculdade do fiador que pagar toda a dívida poder sub-rogar-se no direito do credor, e propor ação de regresso contra o devedor, sendo totalmente inócua a referida ação uma vez que diferentemente do que ocorre com o imóvel bem de família do fiador, dado em garantia de fiança concedida em contrato de locação, o bem de família do devedor, está protegido pela impenhorabilidade, não podendo ser penhorado por dívida.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



Sendo o bem de família o único bem do devedor, (locador inadimplente), não há que se falar em ação de regresso do fiador contra este, pois conforme já foi dito, o bem de família do devedor inadimplente está protegido pela impenhorabilidade da Lei no. 8.009/90 por não estar, como o do fiador inserido nos incisos I a VII, que tratam das exceções previstas para os casos de impenhorabilidade do imóvel bem de família.

Conforme dispõe do art. 835 do Código Civil: “o fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 60 (sessenta) dias após a notificação do credor.”

De acordo com Nery Júnior:

pode exonerar-se mesmo que tenha renunciado expressamente ao exercício da faculdade relativa ao artigo acima exposto, pois não seria justo que se obrigasse eternamente pela obrigação assumida. Devendo para isso encaminhar uma notificação ao credor dando ciência a este do seu intuito. No caso de fiança prestada por prazo determinado o fiador pode também dela se exonerar a qualquer tempo devendo para tanto propor ação de exoneração de fiança pois como livremente assumiu o encargo pode querer dele se desincumbir. Não há pacificação na doutrina nem na jurisprudência com relação à faculdade do fiador de renunciar à exoneração prevista no artigo 835 do Código Civil/2002, embora haja uma tendência de prevalecer a irrenunciabilidade do disposto nesse artigo.

ineficácia da cláusula que cuida da renúncia à faculdade de exoneração. A cláusula não impede a pretensão de exoneração porque, segundo recente entendimento do STJ, o fiador, na maioria das vezes, não tem conhecimento do que implica essa renúncia. Para que ocorra a exoneração, porém será preciso o manejo de ação declaratória, meio adequado para que se provem os motivos pelos quais não se deseja a continuidade do benefício prestado. (NERY JÚNIOR, 2006, p.573).

O fiador deverá ser informado caso haja mudança no contrato de tempo determinado para indeterminado podendo manifestar sua concordância ou não em continuar com essa incumbência.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



A obrigação do fiador nos termos da lei, conforme dispõe o art. 836 do Código Civil, é transferida aos herdeiros tendo como limite o tempo decorrido até a morte do fiador e não ultrapassando os limites da herança.

4.2.2 Extinção da Fiança

A fiança se extingue, ficando o fiador ainda que solidário desobrigado da garantia, nos termos do disposto no art. 838 do CPC, quando o credor, independentemente da anuência do fiador, conceder moratória ao devedor, isto, é, após o vencimento da dívida o credor conceder novo prazo para que o devedor cumpra a obrigação; se o credor frustrar o direito de sub-rogação do fiador, não podendo mais este último lançar mão desse direito por culpa do credor e ainda, nos termos do disposto no art. 839, se o credor aceitar como dação em pagamento do devedor, objeto diverso do que era obrigado a lhe dar, não voltando a valer a fiança ainda que o credor venha a perder a coisa por evicção.

Configura ainda hipótese de extinção da fiança, não sendo mais o fiador responsável pela dívida o fato de o devedor tornar-se insolvente, após ter o fiador invocado o benefício de ordem, ficando comprovado que à época em que o fiador lançou mão desse benefício, o patrimônio do devedor era suficiente para saldar a dívida, nos termos do disposto no art. 839 do Código Civil.

Extingue-se também a fiança todas as vezes que for extinto o contrato principal por ser a fiança um contrato acessório.

5 A ANTINOMIA DO INCISO VII DO ART. 3º DA LEI N. 8.009/90 DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O inciso VII do art. 3º. Foi acrescentado à Lei n. 8.009/90, pela Lei n. 8.245 de 18 de outubro de 1991.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



A lei no. 8245/91, chamada Lei do Inquilinato, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, foi criada e após os trâmites legislativos previstos, foi publicada no Diário Oficial da União em 21 de outubro de 1991 tendo entrado em vigor 60 dias depois de sua publicação, conforme disposto no art. 89 da própria Lei.

A Lei do inquilinato foi criada para tentar um reequilíbrio no mercado imobiliário da época. Era grande a crise na construção civil e não havia garantias eficazes para os proprietários de imóveis que os disponibilizavam cada vez menos para locação devido ao fato de terem muito prejuízo pelo grande número de inadimplência pelos inquilinos e pela falta de certeza do recebimento do aluguel e demais despesas decorrentes deste. Pois, apesar de já naquela época ser exigido que fosse prestada fiança como garantia para os contratos de locação, devendo um dos fiadores ser proprietário de imóvel, este imóvel, se fosse o único, era protegido pela impenhorabilidade do bem de família disposta na Lei no. 8.009/90.

Tanto no contexto sócio-econômico daquela época, bem como ainda no da atualidade, era difícil encontrar um fiador que tivesse dois imóveis para que um pudesse responder pela dívida do locatário que ele afiançasse em caso de inadimplemento das obrigações decorrentes do aluguel, uma vez que o bem único de família era impenhorável.

Passou então a Lei no. 8.009/90, a vigorar, a partir da criação da Lei no. 8.245/91, com alteração no art. 3º. Acrescido pelo inciso VII que exclui da impenhorabilidade o imóvel bem de família do fiador por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, apesar da antinomia que foi gerada com essa alteração dentro do nosso ordenamento jurídico, pois não poderia vigorar a Lei 8.009/90, acrescida pelo inciso VII ao art. 3º, por estar totalmente contrária ao nosso ordenamento jurídico, tirando da proteção dada pelo art. 1º, dessa lei o bem de família do fiador, um cidadão como os outros que o referido artigo protege.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



5.1 Antinomia do Inciso VII acrescentado ao Art. 3º da Lei n. 8009/90 relacionada aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade

No nosso ordenamento jurídico, baseado no “civil Law”, advindo do direito romano-germânico, a principal fonte do direito é a Lei, que é norma escrita, e a maior delas é Constituição Federal que é a ordem fundamental, estando hierarquicamente superior a todas as demais leis infraconstitucionais.

O legislador ao elaborar as leis deve obediência ao texto constitucional sob pena de incorrer na elaboração de uma lei inconstitucional.

Segundo Moraes:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico. (MORAES, 2007, p. 11)

A Constituição Federal garante no inciso III do seu art. 1º. Como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, e no caput do art. 5º. A igualdade que é um direito e uma garantia fundamental de todos, nos termos do ali disposto.

A Lei no. 8.245/91 ao acrescentar o inciso VII ao art. 3º, da Lei no. 8.009/90, afrontou os dois princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Theodoro Júnior define:

A execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana isto quer dizer que, segundo o espírito da civilização cristã de nossos tempos, não pode a execução ser utilizada para causar a extrema ruína, que conduza o devedor e sua família à fome e ao desabrigo, gerando situações aflitivas inconciliáveis com a dignidade da pessoa humana (THEODORO JÚNIOR, 2007, p 303).

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



É importante destacar que esse devedor, o fiador que perde o seu bem de família não é o que contraiu a dívida, mas a obrigação, por um ato solidário, fraterno ou por simples desinformação.

Não é concebível a idéia dessa afronta legislativa frente aos princípios ora em questão. A Lei que protege o imóvel do devedor não pode desproteger o do fiador. O inciso VII do art. 3º da lei 8.009/90 é um desrespeito ao fiador e totalmente inconstitucional.

A norma que permite a penhora do bem de família do fiador de relação locatícia vai de encontro à Constituição Federal por ser incompatível com o direito fundamental à moradia e com o princípio constitucional da igualdade, uma vez que dá tratamento diverso a pessoas que se encontram na mesma situação de fato, o fiador e o locatário, cada um proprietário de um único bem imóvel que lhes serve de moradia.

Igual entendimento tem a decisão proferida no Recurso Extraordinário no. 352.940-4-SP, cuja ementa se transcreve abaixo:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei no. 8.009/1990, arts. 1º. E 3º. , ressaltando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não-recepção pelo art. 6º. CF, com redação da EC no. 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. (RE 352940-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25/04/2005).

Também, nesse sentido é o voto do Ministro Eros Grau, embora voto vencido, no RE 407.688/SP, do qual passo a transcrever alguns trechos. Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 08/02/2006:

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



MINISTRO EROS GRAU: a impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e de sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois, a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal. Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fato de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. “A afronta à isonomia parece-me evidente.

... a violação de um direito que está na base do ordenamento jurídico brasileiro só seria possível para contemplar outro direito de igual relevância. Não parece ser esse o caso presente, que, em verdade, busca sacrificar direitos constitucionais fundamentais em prol de um simples direito de crédito. (RITONDO, 2008, p. 94).

Ainda conforme o entendimento do autor ora citado não é possível que não haja outra solução para esse problema que não seja o sacrifício do direito à moradia do fiador, não levando em consideração o princípio da isonomia.

No entendimento de Tucci:

ora, se o imóvel residencial do locatário não pode ser penhorado visto que ele está amparado pela Lei 8.009/90, afronta a isonomia constitucional a inserção da penhorabilidade do imóvel residencial do fiador que é garante e que, somente por imposição de cláusula contratual por adesão, renuncia ao benefício de ordem, respondendo pelo débito do afiançado como principal pagador. (TUCCI, 2003, p.125).

Não há que se falar em que as obrigações decorrentes dos contratos firmados entre o locador e locatário e entre fiador e locatário têm natureza diversa, para justificar a penhora do bem de família do fiador.

Os contratos têm sim natureza jurídica diversa um do outro, pois o contrato de fiança locatícia vincula um bem específico, que é o bem de família do Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



fiador, que na maioria das vezes sem seu conhecimento é oferecido em garantia para suportar as dívidas porventura decorrentes do aluguel pela inadimplência do inquilino. O imóvel do fiador fica gravado por esse contrato, devendo para constituir um contrato de penhor ou hipoteca, ser registrado em cartório de Títulos e Documentos, conforme dispõe o art. 38 da Lei do Inquilinato, no. 8.245/91.

Porém, apesar de os dois contratos em questão apresentarem natureza jurídica diversa um do outro, o que se discute é algo muito maior do que os termos e as obrigações decorrentes dos mesmos, o que está em pauta é baseado na Constituição Federal, são garantias asseguradas ao cidadão pela Carta Magna que estão sendo desrespeitados, como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Ainda para a corrente adepta à teoria de que se deve penhorar o bem de família do fiador, os princípios não são absolutos, e é verdade que não são, mas que então não fossem absolutos para ambos, o devedor e o fiador, não apenas para um, tratando tão desigualmente esses dois seres, pois que são iguais, cidadãos brasileiros envolvidos no mesmo problema, ou, na mesma obrigação, devendo então ser tratados de forma igual. Ou protege-se o bem de família de ambos ou deixa-se à mercê da proteção do Estado, o dos dois.

6 DO ART. 3º DA LEI N. 8.009/90 FRENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26 DE 2000

6.1 A Antinomia do Inciso VII

A Emenda Constitucional no. 26 de 14 de fevereiro de 2000 acrescentou ao art. 6º. Da Constituição Federal o direito à moradia como direito social do cidadão: art. 6º CF/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Segundo Kildare:

os direitos sociais visam a uma melhoria das condições de existência, através de prestações positivas do Estado, que deverá assegurar a criação de serviços de educação, saúde, habitação, dentre outros, para a sua realização. (KILDARE, 2007, p 684).

Manifestaram no sentido da inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 3º Da Lei no. 8.009/1990, com a redação da Lei no. 8.245/91 no RE 407.688/SP, por afrontar o direito social à moradia previsto na Constituição Federal, os ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, tendo proferido votos, embora vencidos, dos quais passo a transcrever alguns trechos. Rel. Min, Cezar Peluso, julgamento em 08/02/2006:

MINISTRO CARLO BRITTO: a Constituição usa o substantivo “moradia” em três oportunidades: a primeira, no art. 6º. Para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do art. 7º. Para dizer, em alto e bom som que a moradia se inclui entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e da sua família; e, na terceira vez, a Constituição usa o termo “moradia” como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, inciso IX). A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiação. Ele não pode, mediante um contrato de fiação, decair.

MINISTRO CELSO DE MELLO: a Constituição brasileira, ao positivar a declaração de direitos, proclamou, dentre aqueles impregnados de caráter social, o direito à moradia, assim qualificado pela EC no. 26, de 14/02/2000. Cabe assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à moradia – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 6º.) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161)

Após a publicação e entrada em vigor da referida Emenda Constitucional n. 26, em 15.02.2000, data de sua publicação, começou a incansável e conturbada discussão sobre se o direito à moradia, introduzido pela Emenda ao art. 6º CF/88, Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



teria revogado as exceções à impenhorabilidade ao bem de família constantes dos incisos I ao VII do art. 3º da Lei no. 8.009/90, mais precisamente ao inciso VII, que desprotege numa mesma relação, o bem de família de um (o fiador) e protege o do outro (inquilino-devedor).

A acirrada discussão gira em torno da aplicabilidade imediata ou não da referida Emenda Constitucional, não havendo uma consonância sobre ser a mesma de eficácia plena ou limitada (programática), tendo aplicabilidade imediata no caso da 1ª hipótese revogando de imediato por questão de hierarquia o inciso VII do art. 3º da Lei no. 8.009/90 por não ter sido recepcionado pela Constituição com a nova redação conferida ao art. 6º e continuando em plena vigência o referido inciso se a Emenda Constitucional em estudo for considerada norma de eficácia limitada ou programática.

As normas de eficácia plena são as normas completas que produzem todos os seus efeitos imediatamente no mundo jurídico, com a sua publicação, sem dependerem de qualquer outra norma ou circunstância alheia a ela, para existirem.

Já as normas programáticas são aquelas que visam à obtenção dos fins sociais pelo Estado, traçam princípios que valerão como norte para o legislador dispor sobre aquela norma, pelo que não traz uma norma programática a regulamentação dos direitos dela constantes, deixando esta incumbência a cargo do legislador quando da elaboração da lei que tratará sobre o assunto disposto na referida norma programática.

Não deixa, porém de ter eficácia a norma programática, produzindo efeito no mundo jurídico, mas estando passível de ser alterada por uma norma infraconstitucional.

Tanto a norma de eficácia plena quanto a norma programática, que não é de eficácia imediata, são normas dotadas de eficácia, diferindo apenas no que concerne à necessidade da norma de eficácia programática ser apenas um princípio norteador dependendo de uma regulamentação por uma norma infraconstitucional.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



O entendimento é de que a regulamentação da norma programática deverá ocorrer por uma norma infraconstitucional, o que não aconteceu com a Emenda Constitucional no. 26/2000, pois para os que entendem ser essa norma programática, a regulamentação da mesma já existia antes mesmo da referida norma dita programática, a Emenda Constitucional n. 26/2000 existir, então o que ocorreu foi a não recepção por esta Emenda Constitucional, que acrescentou o direito à moradia ao art. 6º da Constituição Federal, do inciso VII do art. 3º. Da Lei n. 8.009/90, que foi acrescido pelo art. 82 da Lei do Inquilinato, Lei n. 8.245 de 1991.

Já existia a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador dado em garantia por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, o legislador ao conceder o direito à moradia, como um direito social do cidadão com a Emenda Constitucional no. 26, em 15 de fevereiro de 2000, fez cair por terra o anteriormente disposto no inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90, pois a Emenda Constitucional é hierarquicamente superior à lei infraconstitucional já existente e não cuidou de fazer nenhuma ressalva ao disposto no referido inciso de lei.

Emenda Constitucional é uma norma superior e, ainda que fosse programática, tendo sua eficácia limitada, não poderia deixar de produzir o efeito ao menos de impedir a continuidade da aplicação de norma infraconstitucional contrária ao seu texto, pois é dever do Judiciário, dentre outros, o de interpretar as normas legais sob as diretrizes traçadas pela Constituição Federal, devendo observância aos princípios constitucionais como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que são alguns dos pilares de sustentação da Ordem emanada pelo Estado que devem ser respeitados.

Entende-se dessa forma ser totalmente descabido no mundo jurídico o fato de continuar vigorando a Lei n. 8009/90 com a redação dada pela Lei no. 8.245/91, que acrescentou o inciso VII ao art. 3º daquela Lei, por ser o mesmo uma afronta ao texto constitucional.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.

A vigência da Lei no. 8.009/90, com o acréscimo do inciso VII já era contrário ao disposto no texto constitucional antes da existência da Emenda Constitucional no. 26/2000 porque ia de encontro aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tendo ficado essa contrariedade ainda mais agravada, após a entrada em vigor da referida Emenda que declara expressamente ser a moradia um direito social do cidadão, sendo portanto um direito fundamental, que deve ser respeitado e tutelado pelo Estado.

CONCLUSÃO

Diante do estudo feito sobre o tema, de todas as pesquisas realizadas e da falta de pacificação sobre o mesmo, sugere-se para que se resolva a controvérsia existente em torno da penhorabilidade do bem de família do fiador em caso de obrigação decorrente de fiança prestada em contrato de locação, que seja derogada a Lei no. 8.009/90, com a retirada do inciso VII do art. 3º, passando o fiador ter o seu imóvel garantido pela impenhorabilidade assegurada pela referida Lei, podendo responder com outros bens mas não com o seu imóvel único que lhe serve de moradia, erradicando a discrepância de tratamento que existe hoje com relação à penhorabilidade dos imóveis bens de família do locatário e do fiador.

Caso continue tudo como está, com a inobservância do texto constitucional, afrontando os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que seja criado um dispositivo legal obrigando que os contratos de “adesão”, chamados contratos de locação imobiliária, ou de fiança, este último prestado de forma acessória, tragam explicitamente em seu conteúdo, em língua acessível a todo cidadão alfabetizado, que o termo “renuncia ao benefício de ordem” significa expressamente que o fiador perderá o seu bem único que lhe serve de moradia para pagar dívida decorrente da inadimplência por parte do locatário

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



referente aos aluguéis e demais despesas a estes pertinentes, caso este último não as pague.

Outra sugestão é que seja extinta totalmente essa figura do fiador pessoa natural do mundo dos negócios, passando a fiança locatícia a ser unicamente prestada por bancos, através de fiança bancária já existente mas pouco utilizada, devido ao alto valor cobrado, sendo necessário para isso que seja subsidiada pelo Estado, estando também dessa forma, fomentando o mercado imobiliário e garantindo o direito à moradia assegurado no art. 6º. CF/88 aos cidadãos, que enquanto não são proprietários podem ter um lugar para morar de aluguel.

A presente pesquisa tem por intuito dar uma pequena contribuição para mostrar o quanto é injusto o tratamento desigual dispensado ao locatário e ao fiador ao permitir a lei a penhora do bem de família deste último para pagar dívida do primeiro, não sendo alcançado o imóvel do fiador pela impenhorabilidade assegurada pela lei no. 8.009/90. Não podendo o fiador nem tampouco lançar mão do direito de regresso contra o locatário, tendo em vista que o bem de família deste último é protegido pela lei.

Não se pretende ver estrangulado o mundo do mercado de locação imobiliária, mas sim ver criado outro caminho para que o mesmo possa trilhar, que não seja sobre o infortúnio do fiador, que perdeu a proteção que recaía sobre o seu bem de família, tendo-lhe sido excluído um direito que é assegurado a todos os cidadãos pela nossa Carta Magna, não podendo se valer de princípios pilares do nosso ordenamento jurídico como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6413/09, do Deputado Vicentinho Alves (PR-TO), que proíbe a penhora do bem de família do fiador para saldar dívidas decorrentes de contrato de locação. Caso este projeto seja aprovado e transformado em Lei será dado tratamento igual ao locatário e ao fiador, fazendo valer dessa forma, o disposto no texto constitucional.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 2.ed. São Paulo : Atlas, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13º. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. , atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24ª. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 4. ed. rev. e ampl. e atual. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RITONDO, Domingo Pietrangelo. **Bem de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença. 41 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007.v. III

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Bem de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n.369, 11 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5428>. Acesso em: 14 ago.2009.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.



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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito civil; v.6)

VILLAÇA, Álvaro. **Bem de família: com comentários à Lei 8.0099/90** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Artigo originário de trabalho de conclusão de curso, aprovado pela banca examinadora em defesa pública.

E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH
Belo Horizonte, vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716. Disponível em: www.unibh.br/revistas/ecivitas/
e.mail de contato: ecivitas@unibh.br