

Penhora de único imóvel de fiador viola a Constituição

A impenhorabilidade do bem de família foi introduzida pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990, segundo a qual o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, não respondendo por dívida de qualquer natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses legalmente previstas.

Com o advento da Lei 8.245/91, foi acrescentado no artigo 3º da Lei 8.009, ou mais precisamente por meio do inciso VII, que a impenhorabilidade não poderia ser oponível em processo de execução por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, e sobre tal tema se restringirá o presente estudo.

Muito embora a constitucionalidade da exceção prevista para os casos decorrentes de fiança locatícia já tivesse sido objeto de discussão nas mais diversas instâncias judiciais, é certo que a Emenda Constitucional 26/00, ao considerar a moradia como um direito social, promoveu uma relevante modificação neste quadro, provocando diversos e acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria de votos nos autos do Recurso Extraordinário 407.688, em que foi relator o ministro Cezar Peluso, pela possibilidade de penhora do único bem de família do fiador no contrato de locação.

Tal decisão, contestada por muitos, parece não ter posto fim à discussão, haja vista que o próprio STF já proferiu decisões em sentido oposto, manifestadas nos Recursos Extraordinários de 352.940 e 449.657.

Desta maneira, este pequeno trabalho não tem a pretensão de abordar todos os aspectos que a impenhorabilidade do bem de família em fiança locatícia pode ensejar, o que por certo ainda será objeto de análises aprofundadas, mas, todavia, tentará trazer em seu conteúdo posições controversas e, por fim, uma conclusão isenta e baseada nos diversos aspectos do tema.

Posição pela constitucionalidade

Com as alterações que a nova Lei de Locações (8.245/91) promoveu em face da lei do bem de família (8.009/90), nossa jurisprudência dominante passou a entender pela constitucionalidade da constrição sobre o bem de família em casos de fiança locatícia.

Não raros são os julgados no sentido de considerar válida a penhora sobre o bem do fiador ainda que este constitua um bem de família, isto porque a citada lei de locações autorizou expressamente a penhora do bem de família para garantir débitos decorrentes de fiança locatícia.

A professora Maria Helena Diniz ensina que:

“Perante esta disposição normativa, o fiador de contrato de locação não poderá opor a impenhorabilidade do imóvel que lhe serve de moradia, no processo de execução contra ele movido, em razão de fiança prestada (AASP, 1.810:6, 1.733:3). Se o inquilino não cumprir seus deveres locativos, abrir-se-á

execução contra o seu fiador, e o seu imóvel onde este reside não estará coberto pela garantia de insuscetibilidade de penhora”.

Com a constitucionalização do direito à moradia, as discussões sobre o tema ganharam maior complexidade, pois diversos juristas passaram a considerar que o artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90 não foi recepcionado pelo artigo 6º da Constituição Federal.

Entretanto, há teses que sustentam que a referida lei ainda mantém sua constitucionalidade, uma vez que os invocados princípios da isonomia e da moradia não teriam sido violados, isto porque, no caso da isonomia, não se poderia confundir as figuras do locatário e do fiador, por terem essas naturezas jurídicas diversas, sendo que apesar do gravame maior recair sobre o fiador, tal fato, por si só, não representaria uma ofensa ao princípio da isonomia.

Ainda no que tange ao princípio da isonomia, já se tem defendido também que ofensa a este haveria no caso do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, eis que a aplicação da lei em benefício exclusivo do fiador trataria as partes de maneira desigual, ferindo, portanto, o que determina o artigo 5º caput da Constituição Federal.

No que infere ao princípio constitucional da moradia, argumentam os contrários à tese de inconstitucionalidade que a incidência do direito social de moradia agora previsto no artigo 6º da Constituição Federal, trataria-se de norma programática, carecendo, portanto, de regulamentação, sem a qual não possuiria eficácia plena.

Defendeu-se ainda o posicionamento de que o direito à moradia não estaria sendo afrontado com a penhora, eis que, ao garantir a lei do inquilinato, esta exceção à regra de impenhorabilidade dos bens de família, aumentou-se as garantias locatícias, trazendo menos risco a essa modalidade de contrato e, portanto, menores preços aplicados no mercado, o que, na prática refletiria até mesmo em maior garantia de acesso ao direito de moradia. Tal tese parece ter sido a adotada pelo ministro Cezar Peluso ao relatar o Recurso Extraordinário 407.688.

Finalmente, suscitou-se a respeito do tema tese na qual a liberdade de contratar implica em riscos e assim há de prevalecer o princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual, como se sabe, o contrato tem de ser cumprido, ou seja, se o fiador optou por avalizar um negócio, o fez sabendo dos riscos que corria e, portanto, com eles deve arcar, até porque, em efetuando o pagamento do débito, o fiador ficaria nos termos dos artigos 349 e 831 do novo Código Civil sub-rogado nos direitos do credor.

Ensina o professor Silvio que:

“Como o inadimplemento das obrigações representa elemento de desequilíbrio na harmonia social, o ordenamento jurídico almeja, e por isso anima, o seu cumprimento. Proporcionando ao terceiro que paga dívida alheia maiores garantias de reembolso, a lei decerto o anima a resgatá-las”.

Neste sentido, já nos deparamos com julgados que garantem, portanto, em caso de ação regressiva contra o locatário, que este não se possa valer do benefício da impenhorabilidade, eis que esta se trata de uma obrigação decorrente da fiança.

Tem-se aqui alguns precedentes do STJ no sentido de considerar válida a penhora do bem de família na fiança locatícia: AgRg no Ag 638.339 RS, REsp 645.734 DF, REsp 302.603 SP (5ª Turma), AgRg no Ag 684.447 RJ, REsp 583.484 GO, REsp 263.114 SP e REsp 63.864 PR (6ª Turma).

Posição pela inconstitucionalidade

Em sentido contrário ao das manifestações esposadas no título anterior, há um grande número de juristas que entendem pela impossibilidade da constrição de bens de família do fiador. Vários são os argumentos para tal entendimento, e no aligeirado deste estudo, tentar-se-á trazer os principais. Vejamos.

Um dos mais importantes defensores da inconstitucionalidade da norma jurídica discutida é, sem dúvida, o ministro Carlos Velloso, o qual ao analisar o tema na decisão monocrática (RE 352.940), invocou o princípio constitucional da isonomia para concluir ao final pela impossibilidade da penhora.

Além disso, conforme também argumentado na referida decisão, tem-se defendido a posição de que a Emenda 26/00 não recepcionou as modificações trazidas pela Lei 8.245/91 aos termos da Lei 8.009/90, uma vez que, em tendo sido reconhecido pela Constituição Federal que a moradia é um direito social, esta deve sobrepor-se aos termos da legislação infraconstitucional, como já defendeu o professor Clito Forniciari Júnior.

Afirmam os partidários da inconstitucionalidade da penhora no caso estudado que, ao contrário dos que defendem ser a Emenda 26 uma norma programática, carecendo, portanto, de regulamentação para alcançar seus efeitos, que esta em verdade, por se tratar de uma expressão dos direitos fundamentais expressos no artigo 5º da CF, subordina-se à regra da auto-aplicabilidade, ou seja, independe de regulamentação para que logo alcancem seus efeitos.

Para possibilitar melhor elucidação do tema, traz-se aqui algumas referencias jurisprudenciais no sentido da inconstitucionalidade da penhora: REsp 745.161 SP, REsp 631.262 MG, REsp 699.837, REsp 796.597 (todas da 5ª Turma do STJ) e RE 415.563 SP, RE 349.370 SP, RE 415.626 SP, RE 352.940 SP (2ª Turma – STF).

Conclusão

Sopesados os argumentos que justificam as posições favoráveis ou contrárias à possibilidade da penhora de bens de família do fiador, conclui-se que, muito embora hajam fundamentado posicionamentos para ambas as correntes de pensamento, a tese de inconstitucionalidade deva prevalecer.

Parece-nos evidente que a exceção à regra da impenhorabilidade lançada na lei do inquilinato não foi recepcionada pela Constituição Federal, quando esta alçou a moradia ao status de direito social, uma vez que seria no mínimo curioso admitir que um direito constitucional pudesse sucumbir perante a necessidade de pagamento de uma dívida.

Quanto ao fato de ser a norma constitucional advinda da Emenda 26 de natureza programática, necessitando, portanto, de regulamentação, acolhe-se o parecer do constitucionalista professor Alexandre de Moraes (obra citada), pois parece ser a mesma, em realidade, um reflexo ou uma extensão dos direitos fundamentais do artigo 5º, e diante da regra do parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal, tem aplicação imediata.

Ademais, fica claro que não pode a pessoa do fiador receber um tratamento desigual, sendo seus bens de família os únicos passíveis de constrição, eis que evidencia-se nesse caso uma clara ofensa ao princípio da isonomia, eis que trata os iguais de maneira diferente, possibilitando, portanto, que o locatário (o real devedor) valha-se perante o locador da regra da impenhorabilidade e impedindo que o fiador tenha esse mesmo direito.

Nem há que se falar ainda que tal hipótese de impenhorabilidade, eventualmente abalando o mercado de locações, inviabilizasse o direito constitucional à moradia para locatários que veriam escassas oportunidades de negócio em virtude de eventual queda nas garantias dos locadores causando, em tese, ofensa ao princípio isonômico, haja vista que haveria apenas que se buscar outros mecanismos para assegurar o cumprimento dos contratos, como por exemplo, exigência de que o fiador possua mais de um imóvel, caução ou finalmente o seguro fiança, que parece ser uma modalidade segura e viável de garantia.

Outrossim, ainda que não se tenha encontrado na doutrina ou jurisprudência posição nesse sentido, entende-se que além das ofensas aos princípios da isonomia e moradia, as modificações trazidas pela Lei 8.245 violam também a dignidade humana, um dos fundamentos da carta magna, se entender esta, segundo o professor Gilberto Haddad Jabur, como “conteúdo indispensável à existência saudável, capaz de preencher as naturais exigências de ordem física e espiritual do homem” ou ainda “a reunião e manutenção ileso da vida e de seus prolongamentos, de maneira que o direito à liberdade socialmente regulada, o direito à honra, à privacidade, o direito ao trabalho, à educação, a uma velhice adequada e assistida e o direito ao lazer espelham a dignidade do ser humano”.

Assim, é inegável que a privação da moradia para pagamento de uma dívida caracteriza evidente degradação do ser humano, trazendo-lhe consequências de ordem física e psíquica inaceitáveis em face do dispositivo constante do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que assegura ser a dignidade humana um dos fundamentos de nossa lei maior.

Como ensina Renato Kenji Higa:

“A dignidade da pessoa humana é um princípio que engloba todas as demais normas jurídicas, razão pela qual todas as normas infraconstitucionais que não se compatibilizem devem ser, conforme o caso, tidas como revogadas ou declaradas inconstitucionais”. A sua importância serve de critério norteador para o

criador do direito (legislador).

Assim, parece-nos realmente que a penhora do bem de família do fiador é de fato indevida, pois a norma que a viabilizou confronta-se em vários pontos com princípios de nossa lei maior, pelo que se conclui pela sua inconstitucionalidade.

Referencias bibliográficas

— DINIZ, Maria Helena. Lei de locações de imóveis urbanos comentada: (lei 8.245, de 18-10-1991). São Paulo:Saraiva, 2003. p. 339;

— RODRIGUES, Silvio. Direito Civil — Parte Geral das Obrigações, Saraiva, 19ª ed, vol. 2 .Saraiva;

— TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). A penhora e o bem de família do fiador da locação; Autores Clito Fornaciari Júnior, Genacéia da Silva Alberton, Heitor Vitor Mendonça Sica , José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;

— MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, Ed. Jurídico Atlas, 13ª edição;

— JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada:Conflitos entre Direitos da Personalidade. RT, 2000;

— HIGA, Renato Kenji. Boletim 12001 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Date Created

02/02/2007