

Penhorabilidade do bem de família do fiador locatício

Josué Ledra Leite
OAB/SC 23.602, MEMBRO DA COMISSÃO DO
JOVEM ADVOGADO DA OAB/SC

O instituto do bem de família tem sua origem no homestead norte-americano, que em nossa língua significa propriedade rural, cuja finalidade era fixar famílias em suas vastas regiões, isentos de penhora, visando o povoamento. No Brasil, este instituto recebeu o nome de "bem de família", com o escopo de proteger o bem necessário à subsistência da entidade familiar, devido a seu relevante conteúdo social, visando a proteção da família, célula mater de toda sociedade, alçando-se à condição de barreira a impedir a sucumbência da entidade familiar em face do domínio econômico, procurando evitar com isso a falência do próprio Estado.

Ressalta-se a suma importância da proteção ao instituto do bem de família para o bom desenvolvimento e segurança do Estado, visto que é aí que se encontra a própria estrutura deste. Álvaro Villaça de Azevedo, a respeito do tema, adverte que dizer da importância do bem de família é desnecessário, uma vez que tudo que vem ao encontro da proteção da família é, em última análise, o que dá fundamento à própria estrutura do Estado; que vive sob a condição de que seja estável o órgão familiar, com direção profícua, sólida proteção e cuidados especiais. Enfatiza, ainda, que toda a vez que se desgastou a instituição da família, acabou por mostrarnos a história que se desmoronaram impérios, perdendo suas bases e seus sustentáculos.

Contudo, a inserção do bem de família em nossa legislação não ocorreu de maneira fácil e imediata. Realizaram-se inúmeros projetos e tentativas ao longo dos anos para que tivéssemos a legislação pertinente à matéria que temos hoje.

Finalmente, após os inúmeros entraves, o instituto do bem de família foi regulamentado no Código Civil de 1916, inserido no livro II, Capítulo V, nos artigos 70 a 73. Observase que a sua inserção no livro relativo aos bens veio a demonstrar a preocupação do legislador em resguardar o aspecto material sobre o qual recai o instituto, mormente por força dos efeitos dele decorrentes, ou seja, a impenhorabilidade e a inalienabilidade, tornando-se assim indisponíveis, em consonância com a própria finalidade do instituto, qual seja, o intuito de proteger a família, com a segurança de um teto, contra toda a forma de intempérie econômica que pudesse atingi-la por força da prodigalidade ou má administração do seu chefe de família.

Conforme se extrai do levante histórico realizado, observamos que a partir de quatro artigos, o Código Civil de 1916 traçou as linhas mestras do instituto do bem de família. E por serem inovadores tais dispositivos, estes tiveram de tratar da matéria como um todo e inclusive da parte processual; e o passar do tempo, como não poderia ser diferente, demonstrou haver lacunas e omissões no tratamento da matéria, impondo sobremaneira a necessidade de norma específica que disciplinasse o procedimento, a extensão, o objeto específico e outros regulamentos indispensáveis à matéria.

Em 29 de março de 1990 foi promulgada a lei n. 8.009/90, que trata do bem de família, e que representou um verdadeiro marco neste instituto, uma vez que retirou da órbita da penhora, independentemente da vontade do indivíduo, o bem imóvel onde reside a entidade familiar. É certo que a Lei 8.009/90, conferiu a proteção à família de maneira mais ampla que o do antigo código, vez que no diploma civil de 1916 a instituição do bem de família dependia da iniciativa do instituidor; enquanto que pela lei do bem de família, este se tornou matéria de ordem pública, sendo garantido independentemente de ter ocorrido a reserva do bem.

Entretanto, esta mesma lei trouxe exceções a esta oponibilidade à penhora do bem de família; elencadas em seu artigo 3º. Pacífico eram seus incisos e restrições até o advento da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), que por força de seu artigo 82 fez crescer o inciso XII ao rol das exceções a impenhorabilidade do bem de família. Tal inciso retira da órbita da proteção do bem de família, o bem único do fiador de contrato de locação.

A inserção do bem de família em nossa legislação não ocorreu de maneira fácil e imediata. Realizaram-se inúmeros projetos e tentativas ao longo dos anos para que tivéssemos a legislação pertinente à matéria que temos hoje.

A partir de então, não mais é possível, em tese, opor a impenhorabilidade do bem de família, por parte do fiador locatício, uma vez que está expressamente proibida e elencada no artigo 3º, inciso VII, da lei 8.009/90.

Nota-se, que a partir do acréscimo do inciso VII, ao artigo 3º da lei 8.009/90, a fiança passou a ser a forma de garantia mais utilizada pelas imobiliárias e locatários de todo país.

A razão que ensejou tal acréscimo na legislação foi a necessidade de alavancar o mercado imobiliário e que conseqüentemente a população passasse a ter aumentadas suas chances de moradia; uma vez que muito difícil era, até então, conseguir alguém que possuísse mais de um imóvel para que pudesse prestar uma garantia ao locador para que o locatário pudesse ter onde morar.

O mercado caminhava rumo à pacificação, quando em 14 de fevereiro de 2000, como manifestação do poder constituinte derivado, foi promulgada a emenda constitucional nº 26, que ampliou o elenco dos denominados direitos sociais, incluindo entre eles o direito social à moradia.

Surgem, a partir de então, dois distintos posicionamentos, na doutrina e jurisprudência; um que considera o inciso VII do artigo 3º da lei 8.009/90 inconstitucional por violar o princípio da isonomia, bem como o direito à moradia, previsto, agora, na Constituição Federal. E outra corrente, a favor da penhora, que defende que a norma introduzida pela Lei n. 8.245/91 em seu artigo 82, é plenamente elogiável e necessária, visto que era muito difícil ao inquilino obter um fiador que dispusesse de mais de um imóvel para dar em garantia, eis que o imóvel em que residia era impenhorável, e, assim, praticamente representava bem extra commercium.

Após inúmeras batalhas jurídicas acerca da possibilidade ou não da penhora, a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do recurso extraordinário n. 407688, onde o pleno, em 08 de fevereiro de 2006, decidiu por sete votos a três pela constitucionalidade do inciso XII do artigo 3º da lei 8.009/90, ou seja, a favor da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação.

Acreditamos ser esta a correta posição a se tomar, visto ser o direito à moradia, inserido pela Emenda Constitucional 26, uma norma de eficácia limitada ou reduzida, ou seja de aplicação indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem no mundo jurídico após uma normatividade posterior que lhes empreste eficácia. Tais normas podem ser também denominadas de programáticas, por estarem a exigir regulamentação própria e específica para que possa gerar efeitos no plano da realidade jurídica, além de servir como forte diretriz para os governos e seus respectivos programas.

Observa-se, então, que a simples inserção da moradia entre os chamados direitos sociais não os converteu em direitos individuais, cuja prestação deva ser realizada pelos particulares; visto que se assim fosse ninguém mais poderia ser despejado, mesmo que inadimplente com os locativos; nenhum esbulhador de imóvel residencial poderia ser dele retirado; nenhuma hipoteca poderia ser cobrada proveitosamente, se a execução recair sobre o imóvel residencial do devedor, não obstante tenha sido ele o objeto da garantia real.

No que tange ao princípio da isonomia, também não nos parece haver qualquer violação, vez que muito embora, o objeto das prestações, devidas por ambos, ser o mesmo, os contratos que deram origem a elas são diferentes, possuindo vicissitudes e requisitos próprios.

Desse modo, não há que se falar em ferimento ao princípio da isonomia, uma vez que fiador e locatário não se encontram na mesma situação, devendo então receber tratamento diferente, e não igual. O fiador perfaz a figura que garantiu através de contrato de fiança o adimplemento das prestações; enquanto o locatário o deveria fazê-lo por força do contrato de locação, contudo, o mesmo ensejou o contrato acessório (fiança), em que determinava que em caso de inadimplemento ficaria o fiador responsável solidariamente pelo pagamento.

Observa-se que além de se rebater a arguição de inconstitucionalidade, indica-se que inconstitucional seria o fim da penhora trazida pela Lei do Inquilinato, uma vez que os direitos sociais são atitudes e atividades a serem desenvolvidas pelo Estado visando o bem-estar do cidadão, sobrevivendo, então, a análise do direito constitucional da propriedade, também

considerado fundamental, posto que previsto sua proteção no artigo 5º, caput e inciso XXII, que importa no usar, gozar, dispor e fruir do que é seu; conduzindo à legitimidade e a guarda constitucional de receber os frutos pela locação, conferido pelo direito da propriedade e da livre disposição dos bens. Assim, quem dá um imóvel em hipoteca, ou concede uma fiança à locação, sabe que está renunciando à proteção da lei e o faz querendo e em perfeito gozo de juízo, o que a lei maior permite. Desta feita, vedá-los de assim agir é que seria inconstitucional à medida que cerceia ainda mais as possibilidades de inserção de novos imóveis a este importante setor habitacional, que é responsável por milhares de moradias e pelo próprio direito a ela, mesmo que indiretamente.