

Referência: recurso extraordinário 407.688

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

*Alessandra Fonseca de Carvalho
Defensora Pública da União*

A Suprema Corte, em decisão do seu Pleno, aos dias 08 de fevereiro de 2006, ao julgar o RE 407.688-8/SP entendeu, por maioria, pela constitucionalidade do inciso VII do artigo 3 da Lei n 8.009/90 que trata acerca de uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal, qual seja, imóvel de residência do fiador de locação de imóvel urbano.

Tal discussão decorre do advento da Emenda Constitucional n 26 de 14 de fevereiro de 2000, que ampliou o rol do artigo 6 da Carta *Magna* erigindo o direito à

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

moradia como direito social e, por conseguinte, direito fundamental.

Em sendo assim, o cerne da questão reside em saber se a previsão legal da penhorabilidade do bem de família do contrato de locação subsiste ou não, após o advento da aludida Emenda Constitucional.

Consoante asseverou o relator Ministro Cezar Peluso, o direito social à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel, podendo ser implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça a oferta de imóveis para fins de locação habitacional mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores, além de não haver qualquer violação ao princípio da isonomia entre fiador e locatário, haja vista que o fiador possui autonomia contratual, possuindo, portanto, total liberdade de querer ou não assumir esta posição.

Acrescentou em caloroso debate com o Ministro Eros Grau que o direito à moradia é amplo, motivo pelo qual

abarcando, inclusive, a exceção à impenhorabilidade do bem de família no caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação, sendo, pois, uma das modalidades de conformação do direito à moradia por via normativa, eis que permite que uma grande classe de pessoas tenha acesso ao contrato de locação.

Nesta linha de raciocínio negou provimento ao recurso extraordinário, votando pela constitucionalidade do inciso VII do artigo 6 da Lei n 8009/90.

Acompanharam o voto do ilustre relator os Ministros Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio com a ressalva de que entendia necessária a audiência da Procuradoria em virtude cuidar-se de questão de cunho constitucional.

Vale destacar o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa, segundo o qual no caso em comento estamos diante de um conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à moradia e o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, isto é, da autonomia da vontade, exteriorizada, *in casu*, na

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

faculdade de cada um de obrigar-se contratualmente e ,assim, suportar o ônus dessa livre manifestação da vontade.

Aduz, outrossim, que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, pelo que na hipótese em foco, considerando que a fiança foi prestada por livre e espontânea vontade não há incompatibilidade entre o artigo 3, inciso VII da Lei n 8.009/90 e a Constituição da República.

Divergindo desta corrente de opinião, em posição minoritária, os Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Celso Mello aduziram que essa previsão legal é inconstitucional, pois desrespeita a isonomia prevista no *caput* do artigo 5 da *Lex Fundamental* e a proteção da dignidade da pessoa humana nos termos do inciso III do art. 1 da Constituição da República a uma, porque a fiança é um contrato acessório, motivo pelo qual não deve trazer mais obrigações do que o contrato principal e a duas, porque o locador não pode ter o seu de família penhorado, ao passo que o fiador pode suportar o gravame.

Corroborando com tais assertivas, acrescentam que incidiria em violação à proteção constitucional da moradia, o que não deixa de ser uma das exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Eros Grau constata que não se deve olvidar o fato de que a doutrina do direito público anda na contramão da evolução do direito privado, onde se verifica a constitucionalização do direito civil, o qual vem sendo interpretado com base na proteção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia.

Com efeito, no Código Civil de 1916 o contrato era um acordo de vontades, celebrado segundo a autonomia da vontade, havendo liberdade de contratar, a qual somente sofria restrição se se tratasse de questão de ordem pública.

Ao revés, no Código Civil vigente houve o reconhecimento de que o Estado necessita participar das relações contratuais, esvaziando a autonomia da vontade.

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

Não obstante tenha o Eg. STF entendido pela constitucionalidade do inciso VII do artigo 3 da Lei n 8.009/91, a constitucionalização do direito civil nos leva à interpretação de que não podemos nos arrear da influência do princípio da função social dos contratos na questão *sub examine*.

Do princípio da função social dos contratos deflui uma mitigação do princípio da autonomia contratual, pelo que os contratos devem ser interpretados de acordo com o contexto da sociedade, visando

à realização de uma justiça comutativa, sendo submetido a novos elementos integradores de relevância a sua formação, existência e execução, superando a esfera contratual.

A respeito do tema foi editado o Enunciado n 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe *verbi gratia*:

A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia

contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Destarte, pode-se considerar que o direito constitucional à moradia possui o condão de limitar a autonomia da vontade e, por via de conseqüência, nos termos dos votos vencidos, deve-se ser afastada a penhorabilidade do bem de família do fiador.

Por fim, não obstante o posicionamento da Suprema Corte pela penhorabilidade do bem de família do fiador não podemos afirmar com precisão que o presente debate jurídico restou encerrado, uma vez que latente a divergência no âmbito do próprio STF.

Aliás, doutrina e o STJ têm entendido pela proteção das partes vulneráveis, no caso em tela, do fiador, em diversas ocasiões.

Cumprе ressaltar que o Eg. Superior Tribunal de Justiça vem julgando no sentido de afastar a penhora do

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

bem de família nos casos de hipoteca oferecida por membro de entidade familiar, objetivando garantir dívida de sua empresa individual :

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

Ante o exposto, na esteira dos votos vencidos ,o aresto supra mencionado quebrou o rigor do texto legal em prol do direito à moradia, o que pode ser considerado, salvo melhor juízo, como um início de mudança de entendimento acerca da proteção do direito à moradia do fiador em contrato de locação de imóvel residencial urbano.

Referência: habeas corpus 94.701

A remissão pelo trabalho e a súmula 9 do Supremo Tribunal

Antonio de Maia e Pádua,
Defensor Público da União

Apesar dos esforços de diversos colegas Brasil afora, o Supremo Tribunal consolidou, em súmula vinculante, orientação no sentido de que é constitucional a perda dos dias remidos pelo preso quando este comete falta grave durante o cumprimento da pena.

Isso, contudo, não foi capaz de impedir aquela corte de reconhecer, em caso concreto, que o judiciário pode rever a imputação administrativa para afirmar a impossibilidade de se qualificar a conduta apontada como falta grave, de modo a afastar a incidência do art. 127 da lei de execuções penais.

Evidentemente, decisão desta espécie se funda no

reconhecimento de que a abstração das súmulas não pode impedir por completo o exame das circunstâncias fáticas, permitindo-se, assim, que sempre que entender necessário, o tribunal declare que determinada particularidade é motivo suficiente para afastar a incidência da norma geral extraída de seus precedentes.

Levando tal consideração para o plano de trabalho da Defensoria Pública, parece-me que, daqui por diante, nos casos de assistência a pessoas com interesses aparentemente contrariados por súmulas vinculantes, incumbe ao defensor público demonstrar que as peculiaridades da situação permitem e exigem resposta diversa daquela fixada previamente pelo tribunal.

Em outras palavras, cabe a nós, no dia-a-dia, provar ao judiciário que o caso posto em julgamento não é análogo ao que conduziu a edição de súmula vinculante. Claro que consideração desta ordem não se aplica às situações em que realmente há identidade, mas há que se ter sempre o cuidado de não atirar o assistido na vala comum da súmula antes de proceder um exame criterioso e paciente do

problema que nos foi apresentado.

Creio mesmo que, prevalecendo o novo modelo jurisdicional trazido pela emenda 45 e pelas leis da ação direta de inconstitucionalidade, repercussão geral e súmula vinculante, entre outras, o trabalho do defensor público, principalmente dos que atuam nos tribunais, se concentrará em duas vertentes: a primeira, justamente a que antes já se delineou, consubstanciada na demonstração de que a espécie é excepcional, não comportando a solução genericamente afirmada pelos precedentes sumulados; a segunda, tentar alterar as próprias súmulas, demonstrando que o contexto histórico presente não admite mais a solução outrora enunciada.

Por hora, convém ter sempre em mente que a existência de súmula não pode ser tomada por nós, defensores públicos, como impedimento absoluto para a propositura de demandas, sendo nosso dever verificar, cuidadosamente, se existe ou não alguma circunstância especial que torne diferenciado o problema que o assistido

A remissão pelo trabalho e a súmula 9 do Supremo Tribunal

nos apresenta.