

# Os custos de transação e a penhorabilidade do bem de família do fiador<sup>1</sup>

**Leonel Cesarino Pessoa**

Doutor em Direito – USP;  
Professor de Teoria Geral do Direito e Direito Tributário – Uninove  
São Paulo – SP [Brasil]  
lcpessoa@uninove.br

▼ Neste artigo, examinam-se, na perspectiva da nova economia institucional, as controvérsias que envolvem o julgamento recente do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela penhorabilidade do bem de família do fiador.

**Palavras-chave:** Direito e economia. Nova economia institucional. Paradigmas jurídicos.

# 1 Introdução

Houve, nos últimos tempos, uma aproximação crescente entre as áreas do direito e da economia. É comum, hoje em dia, professores de direito tratarem de economia e professores de economia ocuparem-se do direito. Inúmeros livros e artigos têm sido escritos com o intuito de estudar as relações entre direito e economia. Economistas, como Oliver Williamson e Douglas North, e juristas, como Posner, Guido Calabresi, por exemplo, trabalham na área comum que se convencionou chamar *Law and Economics* (direito e economia).

As relações entre o direito e a economia são o objeto de pesquisa de todos esses autores, mas eles aproximam-se do tema por meio de pontos de vista diversos. Mercurio e Medema (1997, p. 47, tradução nossa) apontam algumas perspectivas, nas quais esse tema é estudado: “[...] a Escola de Chicago, a Teoria da Escolha Pública, a Escola Institucionalista e a Nova Economia Institucional.” Este trabalho toma como referência aquilo que se convencionou chamar de nova economia institucional. Nesse contexto, destacam-se dois trabalhos pioneiros de Ronald Coase intitulados *The Nature of the Firm*, de 1937, e *The Problem of Social Cost*, de 1960, considerados os marcos iniciais da corrente do pensamento econômico, que enfatizam a importância do direito nas organizações.

Nesses textos, o prêmio Nobel de Economia de 1991 – ao se opor à teoria neoclássica e criticá-la – introduz os conceitos centrais da corrente de pensamento que inaugura. Zylbersztajn e Sztajn sintetizam seu posicionamento:

[...] a economia tal como vista pelos neoclássicos é uma caixa preta, irreal, o que implica que o conceito de ‘firma’ como função de produção deveria ser revisto sob a ótica da firma contratual. Organizações e mercados são duas fa-

ces da mesma moeda, ambas têm custos para funcionar. O fundamento central – as instituições – é mais importante para a compreensão do funcionamento da economia do que o papel que lhes tem sido atribuído. (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 5).

Portanto, a nova economia institucional se constrói com base na premissa de que a teoria econômica neoclássica erra em seu diagnóstico, pois não atribui papel algum às instituições. Na verdade, tanto os mercados quanto as organizações funcionam no ambiente das instituições e ambos têm custos para funcionar que, de acordo com os neo-institucionalistas, são desconsiderados pela teoria neoclássica.

A nova economia institucional tem como objeto o tema das relações entre o direito e a economia, em razão de as instituições (das quais o sistema jurídico é o principal elemento) possuírem custos que variam nos diferentes sistemas econômicos, que, por sua vez, vão afetar, de forma diversa, seu desenvolvimento.

No sistema econômico, as firmas interagem nos mercados. Os custos que envolvem as empresas e os mercados são denominados “custos de transação”. Nas palavras de Barzel, são “[...] os custos de transferir, capturar e proteger os Direitos de Propriedade” (BARZEL, 1997, p. 161, tradução nossa). A nova economia institucional percebe que o ambiente institucional pode influenciar, de formas diferentes, os sistemas jurídicos e que esse influxo vai depender da segurança que o direito de cada local oferece para a realização das transações econômicas.

Nesse sentido, diversas áreas do direito têm sido objeto de estudo, tais como a contratual e a de propriedade. O objetivo, neste artigo, é examinar, segundo a perspectiva da nova economia institucional, as controvérsias que envolvem o julgamento recente do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela penhorabilidade do bem de família do fiador.

## 2 A decisão recente do Supremo Tribunal Federal

A Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, dispôs sobre a impenhorabilidade do bem de família. De acordo com seu artigo 1º:

Art. 1º 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 ou nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

O artigo 3º dessa lei previa, no entanto, exceções. De acordo com o referido artigo, a impenhorabilidade não seria oponível, na hipótese de a execução ser movida em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias (I); pelo titular do crédito, decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos conforme consta no respectivo contrato (II); pelo credor de pensão alimentícia (III); para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas pelo imóvel familiar (IV), entre outras situações.

Assim, desde o primeiro momento, havia situações, expressas na lei, nas quais era possível a penhora do bem de família. Se o proprietário do imóvel contratasse uma empregada doméstica e não lhe pagasse corretamente o salário, ou se não recolhesse a contribuição previdenciária relativa ao seu trabalho, o imóvel próprio poderia ser penhorado; além disso, se ele fosse devedor de pensão alimentícia ou imposto predial e territorial urbano, ou mesmo se contraísse financiamento para comprar ou construir o imóvel que alega ser seu bem de família. Em todos esses casos, a regra da impenhorabilidade não poderia ser invocada.

Em 1991, no entanto, com a promulgação da lei do inquilinato, foi introduzida uma nova situação, na qual a exceção à regra da impenhorabilidade poderia ser levantada. De acordo com o artigo 82 da Lei nº 8.245/1991, o artigo 3º da Lei nº 8.009/1990 passou a vigorar com um novo inciso. A partir desse momento, a impenhorabilidade não poderia ser oponível também no caso de “obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Como a lei era clara, a partir de sua promulgação, o entendimento de nossos tribunais foi pacífico no sentido de ser possível a penhora do bem de família de alguém, mesmo que se constituísse em seu único imóvel, se a execução fosse movida em razão de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

No entanto, em decisões monocráticas nos Recursos Extraordinários números 352.940 e 449.657, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, entendeu de forma diferente.

Segundo o ministro, as alterações que a Emenda Constitucional nº 26 estabeleceu no artigo 6º da Constituição Federal repercutiram na interpretação das normas em questão. Com efeito, em conformidade com a redação original desse artigo, foram estabelecidos como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. A emenda constitucional incluiu também entre esses direitos o direito à moradia. Em conformidade com a decisão do Ministro Velloso, essa inclusão tornou inconstitucional o artigo 82 da Lei nº 8.245/1991 e a nova redação do artigo 3º da Lei 8.009/90, pois, se o direito à moradia estava garantido constitucionalmente, o único imóvel de alguém, embora objeto de fiança locatícia, não mais poderia ser objeto de penhora. Mesmo depois desse julgamento, continuaram a surgir acórdãos nos tribunais inferiores, permitindo a penhora do único imóvel considerado como bem de família do fiador. Uma dessas decisões foi proferida, no Agravo de Instrumento nº 2002.00.2006562-2, pelo Tribunal de Justiça do Distrito

Federal e Territórios. Nessa decisão, que fazia referência a outros julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que a Emenda Constitucional nº 26 não criou obrigações para os particulares, mas apenas gerou, para o governo, o dever de observância do direito à moradia nos “[...] programas de direito social [...]” (NASCIMENTO FRANCO, 2005, p. 6).

Com o Ministro Veloso como relator, porém, os recursos extraordinários foram julgados em decisões monocráticas. Há alguns meses, o plenário do Supremo pronunciou-se sobre o tema. Na esteira do que havia sido decidido no agravo de instrumento, referido, no Recurso Extraordinário 407.688, em que foi relator o Ministro César Peluso, o Tribunal decidiu, por maioria de votos, que o bem do fiador poderia ser penhorado.

No julgamento do Supremo Tribunal Federal, votaram a favor da penhorabilidade do bem de família do fiador – na ausência de outros meios para garantir a execução – oito ministros: Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, além do relator César Peluso. Votaram pela impenhorabilidade do referido bem, três ministros: Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello.

Dois foram os principais argumentos dos ministros que votaram pela penhorabilidade e alteraram o precedente estabelecido no acórdão relatado pelo ministro Carlos Veloso. Em primeiro lugar, de acordo com o ministro Peluso – no que foi seguido por outros ministros –, não existe incompatibilidade entre o direito à moradia, garantido constitucionalmente, e a penhorabilidade do imóvel do fiador. Ao contrário, segundo ele:

O direito social à moradia pode, sem prejuízo doutras garantias conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.<sup>2</sup>

No Brasil, há uma grande falta de moradia. Uma maneira de garantir moradia é estimular a oferta de imóveis para locação. Dessa forma, de acordo com o ministro Peluso, se a norma jurídica der ao locador a segurança de que o valor dos aluguéis será garantido, isso contribuirá com o aumento no número de imóveis disponíveis para locação e, assim, estará tornando eficaz o direito à moradia, constitucionalmente assegurado.

Nessa mesma direção, de acordo com o ministro Sepúlveda Pertence, negando a possibilidade da penhora, o judiciário estaria prejudicando os inquilinos, cujo direito à moradia se pensava estar protegendo, porque diminuiriam suas possibilidades de alugar imóveis, pois teriam de recorrer a bancos, o que não é acessível a muitos. Em suas palavras,

A alternativa a 'fiação' eficaz é enredar-se o inquilino na garantia bancária, inacessível à grande massa daqueles que não tem como realizar o seu direito à moradia senão mediante o arrendamento do imóvel residencial.<sup>3</sup>

O segundo argumento apareceu principalmente nos votos dos ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, para os quais há um conflito entre o direito constitucional à moradia e outro direito fundamental que assegura a liberdade de contratar e que, no caso, deve prevalecer.

Disse o ministro Joaquim Barbosa em seu voto:

Ambos os direitos merecem igual tutela em nossa Constituição, de modo que é tarefa complexa estabelecer os parâmetros e limites de sua aplicação, em especial, nesse tema da penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação [...] Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta. É pre-

cisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz por vontade própria. Por via de consequência, entendo que não há incompatibilidade entre o art. 3º, VII, da Lei 8009/1990, inserido pela Lei 8.245/1991, que prevê a possibilidade da penhora do bem de família no caso de fiança em contrato de locação e a Constituição federal.<sup>4</sup>

No mesmo sentido, votou o ministro Gilmar Mendes. De acordo com seu voto:

Já o ministro Joaquim Barbosa destacou que aqui se enfrentam princípios eventualmente em linha de colisão. E não podemos deixar de destacar e de ressaltar um princípio que, de tão elementar, nem aparece no texto constitucional: o princípio da autonomia privada, da autodeterminação das pessoas – é um princípio que integra a própria idéia do direito de personalidade.<sup>5</sup>

### 3 Os paradigmas jurídicos liberal e do Estado social

A divergência no Supremo reflete uma controvérsia clássica não apenas no direito brasileiro. Normalmente, há mais que um dispositivo constitucional aplicável para cada situação concreta. No caso em questão, além do direito constitucional à moradia, a Constituição assegura proteção ao ato jurídico perfeito: os contratos tais como foram firmados devem ser respeitados (*pacta sunt servanta*). Qual dos dois dispositivos deve prevalecer?

Na verdade, essa controvérsia é apenas um aspecto de um debate mais amplo envolvendo dois paradigmas jurídicos distintos. No capítulo final de *Fatti e Norme*, Habermas (1996) os descreve, além de contextualizar a sua elaboração.<sup>6</sup>

De acordo com Habermas, há uma relação entre direito e sociedade nem sempre percebida no trabalho diário de legisladores e juízes. Quando parlamentos e tribunais criam novos direitos ou interpretam as normas em vigor, têm em vista um contexto no qual precisam escolher entre diversas opções, em tese, possíveis, mas limitadas. Essas possibilidades diferenciam-se entre si, na medida em que implicam valorações diferentes das estruturas, perigos e potencialidades que podem ser atribuídas às sociedades a que pertencem.

Se esse estado de coisas não é sempre claro para o aplicador do direito, o trabalho do historiador do direito – escreve Habermas – põe em evidência as “[...] conexões de sentido que, não percebidas diretamente pelos interessados, ligam funcionalmente um sistema jurídico à sociedade circundante” (HABERMAS, 1996, p. 459, tradução nossa).

Esse vínculo funcional é estabelecido, no trabalho dos historiadores do direito, por aquilo que eles chamaram de “modelos” ou “visões sociais”. Nas sociedades modernas, foram decifradas duas visões sociais distintas: os paradigmas “liberal” e do “Estado do bem-estar social”. Para descrever, ainda que muito sucintamente, os traços distintivos do paradigma liberal, tem-se como parâmetro, a sociedade pré-moderna, contra a qual referido paradigma vai surgir. Nas sociedades feudais existiam dois estamentos bastante distintos: de um lado, os servos que cediam gratuitamente uma parte do seu trabalho (primeiro sob a forma de trabalho nas terras do senhor e, depois, sob a forma de uma parte do produto do seu trabalho) e, de outro, os senhores que, em razão da sua propriedade originária ou do poder político militar, tinham o direito de apropriar-se do trabalho dos que se submetiam a eles. O importante, no entanto, é a caracterização do fundamento dessas relações. Nas palavras de Pietro Barcellona:

[...] aquilo que os servos deviam ao senhor era, por isso, o fruto (não de um livre comércio determinado pelos interesses recíprocos), mas de uma relação de dependência pessoal, isto é, de uma coerção extra-econômica exercitada dos senhores sobre os servos e consolidada no *status* social de um e de outro. (BARCELONA, 1996, p. 154, tradução nossa).

Essa condição de servitude constituía um *status* que se transmitia, com a terra, de pai para filho.

O paradigma jurídico liberal vai ser uma reação contra esse estado de coisas. O que determinará as relações entre os indivíduos não será mais o *status*, mas contratos celebrados entre indivíduos formalmente livres e iguais em direito. Por meio dos institutos clássicos do direito privado – a propriedade privada e o contrato –, os indivíduos, protegidos contra a interferência estatal, teriam condições de manifestar suas vontades livremente e de se organizar da melhor maneira possível. A esse respeito, Habermas escreve:

A expectativa normativa de que para criar justiça social bastaria definir esferas individuais de liberdade (quer dizer, assegurar um *status* jurídico negativo ligado a uma tutela jurisdicional individual) estava fundada na ligação do princípio de liberdade jurídica com um direito universal à igualdade. (HABERMAS, 1996, p. 475, tradução nossa).

No entanto, as coisas não se sucederam como queriam fazer crer os teóricos do paradigma jurídico-liberal. No lugar da pretensa igualdade formal, o que se observou foi uma alta concentração de poder social por parte de determinados integrantes da sociedade. As relações entre empregador e empregado, locador e inquilino, produtor e consumidor são alguns exemplos de como, poucas vezes, poder-se-ia verificar, na prática, a igualdade formal

que serve de base para a liberdade de contratar, postulada pelo paradigma jurídico liberal.

Sobre esse estado de coisas, Habermas escreveu: “[...] em um contexto social transformado, o direito a iguais liberdades subjetivas não poderia ser garantido apenas pelo *status* negativo dos sujeitos de direito” (HABERMAS, 1996, p. 476, tradução nossa).

Na medida em que a pretensa igualdade formal cedeu lugar a desigualdades materiais, foi preciso que o Estado, que havia sido excluído das relações jurídicas estabelecidas no âmbito do direito privado, voltasse a participar desse processo com o propósito de restabelecer condições de igualdade substancial, além de garantir justiça nas relações de troca.

Nesse sentido, diversos institutos do direito privado passam a exigir regulação também por parte do Estado, desfazendo-se a fronteira nítida antes estabelecida entre os direitos privado e público. Dessa maneira, o Estado passa a intervir naqueles campos antes considerados o núcleo fundamental do direito privado: o contratual e o de propriedade.

Quando, por exemplo, nas relações entre empregador e empregado, locador e inquilino, produtor e consumidor, há grande desigualdade no poder, o Estado intervém editando normas que visem a aumentar o poder das partes mais fracas dessa relação. Exemplo desse tipo de intervenção verificou-se nos acórdãos relatados pelo Ministro Carlos Velloso, em que se decidiu pela impenhorabilidade do bem de família do fiador.

Fundados em normas e princípios constitucionais, em tese, antagônicos, estabeleceram-se dois paradigmas jurídicos com base em normas e princípios constitucionais, em tese, antagônicos. Na perspectiva do paradigma jurídico liberal, sustenta-se que as partes são livres para contratar e que os contratos, tais como foram celebrados, devem ser respeitados. No caso concreto, tanto o contrato de fiança foi celebrado com a concordância do fiador quanto o locador apenas contratou porque havia a garantia da fiança. O do Estado social defende que o Estado (enquanto poder legislativo e judiciário) pode intervir para corrigir algumas situações. No caso concre-

to, como existia um direito fundamental à moradia, constitucionalmente consagrado, o fiador não poderia perder a sua, mesmo que isso constasse em um contrato. O direito à moradia deveria prevalecer sobre o princípio *pacta sunt servanta*.

## 4 A nova economia institucional

Em artigo publicado recentemente, o professor Pécio Arida (2005) também se ocupou do tema das relações entre direito e economia. Para discutir os reflexos que as decisões judiciais podem ter sobre a economia, partiu de um exemplo do direito contratual, mais precisamente do imobiliário.

Considere-se que, em determinada localidade, houve um aumento drástico no valor das locações residenciais, em decorrência do aumento da demanda. Normalmente, esse alto valor induziria novas construções, com o conseqüente aumento da oferta dos imóveis, até que o equilíbrio fosse novamente atingido. Como a construção de novas residências exige tempo, esse novo equilíbrio só seria possível em longo prazo.

Diante desse tipo de situação, muitas vezes, o legislador edita novas normas para proteger os inquilinos. Da mesma forma, decisões judiciais podem reinterpretar os contratos com base em princípios, tais como o do equilíbrio contratual ou o da boa-fé objetiva, e fazem a jurisprudência tomar a direção da proteção ao inquilino em face do aumento do valor dos aluguéis.

Tanto a nova norma quanto a nova jurisprudência podem afetar os chamados custos de transação. Isso ocorre porque a nova norma ou a nova série de decisões judiciais fazem com que sejam criadas “[...] distorções que afastam a economia do ótimo de Pareto” (ARIDA, 2005, p. 64). Na prática, aborta-se a tendência de aumento da construção de imóveis residenciais para locação e interrompe-se o processo econômico natural que levaria, a longo prazo, ao “equilíbrio marshalliano”.

No caso concreto, a decisão do Ministro Velloso teve como finalidade impedir a penhora do bem de família do fiador, ainda que ele tenha contratado livremente. Mesmo que, a curto prazo, os fiadores de locatários inadimplentes e que possuam um único bem imóvel, possam beneficiar-se de decisões em que prevaleça o posicionamento do Ministro Carlos Velloso, a longo prazo, pode acontecer que um custo adicional de transação seja criado em prejuízo tanto de locadores quanto de locatários.

Interferências do legislador ou do juiz no que foi pactuado pelos agentes econômicos podem significar aumento dos custos de transação. No caso referido pelo professor Arida, pode ocorrer, por exemplo, que a “alteração judicial” dos valores dos aluguéis afaste os investimentos no setor e que os inquilinos, que se pretendiam ver protegidos, fiquem, com a interrupção do investimento, em longo prazo, ainda mais desprotegidos.

## 5 Considerações finais

A pretensão deste trabalho não é escolher entre um dos dois paradigmas concorrentes, mas apontar uma nova perspectiva a partir da qual essa questão possa ser iluminada: a da nova economia institucional. O objetivo é mostrar como a controvérsia no Supremo Tribunal Federal em torno da penhorabilidade ou não do bem de família do fiador também pode ser examinada com base nessa perspectiva.

No caso em exame, a decisão do Ministro Carlos Velloso pode significar, em tese, a criação de um “custo de transação” adicional, com reflexos importantes sobre o funcionamento da economia. Pode acontecer que, em face da decisão judicial, as exigências para celebração dos contratos de locação aumentem muito e que se reduza o número de locações, com prejuízo para locadores e locatários, ou que os locadores também sejam muito mais rigorosos na celebração do contrato e passem a exigir, por exemplo, seguro-fiança, com custo adicional para o locatário.

As hipóteses foram apresentadas sempre em tese. O objetivo do trabalho não foi testar nenhuma delas, mas apenas apresentá-las, pois representam exemplos de uma perspectiva diferente, na qual os temas do direito também podem ser examinados.

## The costs of transaction and the distraining quality of the co-signer's family assets

In this article, it is examined, from the perspective of the new institutional economy, the controversies involving the recent decision of the Brazilian Supreme Court that defends the distraining quality of the co-signer's family assets.

**Key words:** Law and economy. Legal paradigms. New institutional economy.

## Notas

- 1 Este texto foi escrito no âmbito das discussões do projeto Segurança jurídica e justiça social desenvolvido no Centro Universitário Nove de Julho.
- 2 Recurso Extraordinário 407.688-8 São Paulo, p. 05.
- 3 Recurso Extraordinário 407.688-8 São Paulo, p. 43.
- 4 Recurso Extraordinário 407.688-8 São Paulo, p. 17 e 20.
- 5 Recurso Extraordinário 407.688-8 São Paulo, p. 26.
- 6 Em nosso texto: Os paradigmas jurídicos e as relações entre política e direito, publicado no n. 232 da *Revista de Direito Administrativo*. Renovar, 2003, discorreremos mais detidamente sobre essa questão.

## Referências

ARIDA, P. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. *Direito e economia. Análise econômica do direito e das organizações*. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

BARCELLONA, P. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1996.

BARZEL, Y. *Economic Analysis of Property Rights*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

HABERMAS, J. *Fatti e Norme*. 1. ed. Milano: Guerini e Associati, 1996.

MERCURO; MEDEMA. *Economics and Law: from Posner to post-modernism*. 1. ed. Princeton. Princeton University Press, 1997

NASCIMENTO FRANCO, J. Penhora da residência do fiador. In: *Jornal Tribunal do Direito*, jul. 2005.

ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. Análise econômica do direito e das organizações. In: \_\_\_\_\_. *Direito e economia. Análise econômica do direito e das organizações*. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

▼ recebido em 4 jul. 2006 / aprovado em 4 ago. 2006

**Para referenciar este texto:**

PESSOA, L. C. Os custos de transação e a penhorabilidade do bem de família do fiador. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 153-167, 2006.

