



PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
TRABALHO DE CURSO

**A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS
DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL RESIDENCIAL A LUZ DO PRINCÍPIO DA
ISONOMIA**

ORIENTANDO: MARCOS VINICIUS ALVES OLIVEIRA
ORIENTADOR: PROF. DR. JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

GOIÂNIA
2020

MARCOS VINICIUS ALVES OLIVEIRA

**A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS
DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL RESIDENCIAL A LUZ DO PRINCÍPIO DA
ISONOMIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel do curso de Direito. Orientador(a): Dr. José Querino Tavares Neto

GOIÂNIA

2020

MARCOS VINICIUS ALVES OLIVEIRA

**A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE
IMÓVEL RESIDENCIAL A LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Data da Defesa: 18 de novembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. José Querino Tavares Neto

Nota

Examinador Convidado: Prof. Dra. Ana Paula Felix de Souza C. Gualberto

Nota

Aos meus pais, Rosevilton e Silvânia, ao meu irmão Victor Half, e a minha querida amiga Thays Medeiros, obrigado pelo apoio, incentivo e compreensão.

Agradecimentos

A Deus, pela saúde e força para superar todas as dificuldades.

Aos meus pais, pelo apoio que deram às minhas decisões e pelo amor que sentem por mim.

Ao meu irmão, meu melhor amigo.

Ao meu amigo Éden que compartilhou essa jornada acadêmica comigo, pela cumplicidade e lealdade.

A minha amiga Thays, dedico minha graduação a ela, sendo o meu maior incentivo para o ingresso no curso de Direito.

Ao meu orientador José Querino pelo suporte nesta monografia.

A esta universidade (PUC-GOIÁS), pelo excelentíssimo corpo docente que contribuíram para minha formação, oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior.

A todos aqueles que de forma direta ou indireta fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

SUMÁRIO

RESUMO.....	08
ABSTRACT.....	09
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – O BEM DE FAMÍLIA A LUZ DO CONTRATO DE FIANÇA	12
1.1 - CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO BEM DE FAMÍLIA.....	13
1.1.1 - Proteção do bem de família	14
1.1.1.1 – Direito à moradia X Direito de Liberdade.....	16
1.1.1.2 – Teoria do Patrimônio Mínimo.....	17
1.2 - A PENHORABILIDADE DO IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO.....	18
1.2.1 - O instituto da penhora	19
1.2.1.1 - O alcance da penhora.....	20
1.2.1.2 - O Princípio da menor onerosidade.....	21
1.2.1.3 - O excesso de onerosidade na penhora do bem de família do fiador...	22
CAPÍTULO II – O INSTITUTO DA FIANÇA NA ESFERA CÍVEL.....	24
2.1 - PRINCIPAIS ASPECTOS DO CONTRATO DE FIANÇA.....	24
2.1.1 - A figura do fiador	27
2.1.2 - A responsabilidade no contrato de fiança e sua extensão	28
2.1.3 - Prerrogativas do fiador no cumprimento da obrigação	30
2.2 – CONTRATO DE FIANÇA ESTIPULADO COMO GARANTIA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO.....	31
2.2.1 - A influência do mercado imobiliário sobre o contrato de fiança em garantia das locações	32
2.2.2 – A impenhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação de imóvel comercial X a possibilidade da penhora na locação de imóvel residencial	35

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E SUA MITIGAÇÃO EM CONJUNTO COM OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO FIADOR PERANTE O CONTRATO DE LOCAÇÃO.....	39
3.1 - ASPECTOS GERAIS DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	39
3.2 - A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR.....	40
3.2.1 - As controversas nas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da penhora do bem de família do fiador sob o viés do princípio da isonomia.....	42
3.3 - PANORAMA GERAL QUANTO A PROTEÇÃO DA MORADIA SOBRE O ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA ESSENCIALIDADE NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	46
3.3.1 - A dignidade da pessoa humana na proteção da moradia.....	48
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	54
ANEXO I	56

RESUMO

O presente trabalho tem como tema questionar a possibilidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação de imóvel residencial a luz do princípio da isonomia. Tem como finalidade explicar sobre a proteção do bem de família e demonstrar que essa não é absoluta e que o imóvel residencial do fiador poderá ser submetido a constrição judicial quando ofertado como garantia em contrato de locação. Outra questão abordada no trabalho está em analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, vez que em fevereiro de 2006 julgou o Recurso Extraordinário 407.688/SP decidindo pela constitucionalidade da constrição do imóvel do fiador locatício, ainda que único o bem e que comporte sua família, atendendo posteriormente o entendimento da Corte sobre a constitucionalidade da penhora apenas aos contratos de locação residencial. Assim, posiciona a aplicação do dispositivo que possibilita a constrição do bem de familiar do fiador sob a ótica dos preceitos constitucional relacionado com a questão, tal como o tratamento isonômico, direito à moradia e a dignidade da pessoa humana. Destaca-se o princípio da isonomia em razão de pairar a seguinte dúvida: por que tornar penhorável o bem de família do fiador sendo que se caso o locatário possua um bem da mesma natureza este terá a proteção legal da Lei 8.009 de 1990?! Logo, se encontra aberta a válvula que autoriza o Estado a tornar penhorável o bem de família em uma situação que tem como viés examinar o nível de onerosidade incorrido em desfavor do fiador, restando demonstrar a partir dos entendimentos previstos na literatura, jurisprudência e princípios para assim compreendermos se é válida a exceção da impenhorabilidade do bem de família movida em face do fiador.

Palavras-chaves: fiador, penhora, bem de família, contrato.

ABSTRACT

This study aims to understand whether the pledge of the guarantor's family property in residential property lease contracts considering the principle of isonomy. Its purpose is to explain about the protection of the family property and to demonstrate that this is not absolute and that the guarantor's residential property may be subject to judicial constriction when offered as a guarantee in a lease. Another point addressed in this study is to analyze the understanding of the Supreme Federal Court on this matter, since February 2006, it was judged by Extraordinary Appeal 407.688 / SP, deciding on the constitutionality of the constriction of the tenant guarantor's property, even if it is the only the property in its family, subsequently attending the Court's understanding of the constitutionality of the attachment only to residential lease agreements. Thus, it positions the application of the device that makes it possible to constrict the guarantor's family property from the perspective of the constitutional precepts related to the issue, such as isonomic treatment, the right to housing, and the dignity of the human person. The principle of isonomy stands out due to the following question: why make the guarantor's family property pledged if, if the tenant has a property of the same source, it will have the legal protection of Law 8,009 of 1990?! Therefore, the valve that authorizes the State to make the family property pledged is opened, in a situation that has the purpose of questioning the level of costs incurred to the detriment of the guarantor, remaining to demonstrate from the understandings provided for in the literature, jurisprudence, and principles for so we can understand if the exception of the immobilization of the family property is valid in the face of the guarantor.

Keywords: guarantor, pledge, family property, contract.

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo principal analisar a possibilidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locações, sendo previsto no artigo 3º, inciso XII da Lei n. 8.009 de 1990 uma das exceções legal da impenhorabilidade do bem de família, cabendo demonstrar a inconstitucionalidade de sua aplicação ainda que restringida as locações de imóveis residenciais.

O tema sobre a penhora do bem de família do fiador comporta ser discutido como objeto de monografia, tendo suma importância já que aborda preceitos constitucionais, tais como o tratamento isonômico previsto no caput do artigo 5º da Carta Magna, o direito à moradia e seu embate com o direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana vislumbrada na proteção do patrimônio mínimo.

Aborda-se disposições da legislação cível e processualista, asseverando a figura do bem de família em suas duas modalidades, voluntária e legal, e a sua extensão quanto à concepção de família e ao tipo de imóvel que pode ser considerado bem de família e que possui o amparo da legislação.

Explica também quanto ao instituto da penhora e o seu alcance acerca da responsabilidade patrimonial do devedor da obrigação, insurgindo a celeuma diante do excesso de onerosidade que é movido em face do fiador no cumprimento da garantia, tendo uma afetação patrimonial maior do que para o próprio devedor principal da locação. Logo, na relação contratual que envolve credor, devedor e fiador, só o bem de família deste é que estará sujeito a constrição como forma de saldar a inadimplência daquele.

Contextualiza no segundo capítulo o contrato de fiança e seus principais aspectos, acrescentando ao exame o compilamento do mercado imobiliário na aderência da fiança sobre os contratos de locações, salientando que o fiador, em contrapartida, possui menor conhecimento quanto a responsabilidade obrigacional que se encontra assumindo.

Além disso, perfaz uma análise sobre dois entendimentos do Supremo Tribunal Federal referente a validade do dispositivo que autoriza a penhora do bem de família do fiador na garantia dada em contratos de locação. Sendo o primeiro debate afirmando a compatibilidade da constrição com a Constituição Federal de 1988

e no segundo debate o entendimento é oposto, se deparando a penhora com o vício da inconstitucionalidade quando o objeto do contrato for imóvel comercial. Com isso, resulta que seria válida a constrição quando for somente imóvel residencial o objeto locado.

Assim, atende ao desfecho da obra no terceiro capítulo, demonstrando a mitigação à determinados princípios constitucionais ao possibilitar a penhora do bem de família do fiador, principalmente quanto ao princípio da isonomia, refletindo de forma escancarada as situações de injustiça em possibilitar a penhora do bem de família do fiador, sobretudo na desproporcionalidade da exigibilidade do cumprimento da obrigação entre locatário, que possui proveito sobre a locação e o fiador que apenas se figura como garantidor.

Por fim, restou cabível demonstrar por meio de disposições internacionais a essencialidade da moradia que, porventura, deve ser protegida e amparada pelos intérpretes da lei, sendo também uma forma de atender ao propósito do princípio da dignidade da pessoa humana.

A metodologia científica usada na construção da presente obra se deu no embasamento de pesquisas bibliográfica, tais como literaturas do Direito, jurisprudência e artigos científicos.

CAPÍTULO I – O BEM DE FAMÍLIA A LUZ DO CONTRATO DE FIANÇA

Adotado pelo Brasil desde o revogado Código Civil de 1916, desde então, o instituto do bem de família se encontra integralizado na sociedade. Assim, o referido bem familiar é resguardado pela proteção voluntária com o então vigente Código Civil e pela proteção legal materializada na Lei 8.009 de 1990.

O Código Civil de 1916 possibilitou às entidades familiares reconhecidas à época a destinar a impenhorabilidade parte de seus bens, classificando-os como bens de família, sendo mantido pela atual legislação cível o referido procedimento que é conceituado como modalidade voluntária.

Há ainda a conceituação do bem de família pela modalidade legal, que é prevista em lei específica (Lei 8.009 de 1990), o qual o Estado por si só já instituiu a impenhorabilidade de determinados bens independente de registro ou por ato de vontade, decorrendo apenas da finalidade e importância que o bem possui diante da entidade familiar.

No que tange sobre a modalidade legal do bem de família, a mencionada Lei 8.009 de 1990 instituiu a proteção legal do imóvel que seja reconhecido como o único lar de entidade familiar, ao mesmo que trouxe também exceções em que o bem de família não seria resguardado pela impenhorabilidade, sendo previsto em seu artigo 3º o rol das causas excepcionais.

Uma das mencionadas exceções encontra-se ventilada no inciso VII da lei supramencionada, aduzindo que pode haver a penhora do bem de família na obrigação decorrente do contrato acessório de fiança, que garante o contrato principal de locação. Partindo então para a problemática do dispositivo, conforme aduzido no entendimento a seguir:

Esta exceção tem provocado muita discussão por parte dos estudiosos e indignação da população, pois a regra acima permite a penhora do bem do fiador, enquanto que, se o locatário tiver algum bem de família, continuará impenhorável. (MELO; JESUS; NETO, 2014, p. 1589)

Com isso, partimos para a análise vertical sobre o tema, aprofundando os estudos quanto ao bem de família, abarcando sua conceituação, proteção e exceção diante dos reflexos do contrato de fiança sobre os referidos bens.

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO BEM DE FAMÍLIA

Prestigiando o conceito do bem de família, vemos que esse é trazido como o imóvel usual como residência (moradia) da entidade familiar, que decorre do matrimônio, união estável, entidade monoparental, dentre outras entidades reconhecidas pelos tribunais e resguardados por previsão legal¹.

O bem de família surgiu com a finalidade de proteger aquele lar que comporta uma família, assim determina o Paulo Nader, que:

(...) o instituto tinha por finalidade a proteção à família, figurando por objeto o imóvel em que esta vivia e as coisas móveis que a guarneciam. O *homestead* foi instituído em uma época de grave crise econômica, que levou os agricultores texanos à bancarrota.¹ Pelo instituto jurídico, tornavam-se impenhoráveis e inalienáveis o imóvel destinado ao domicílio da família e os móveis nele instalados, perdurando o benefício enquanto vissem os cônjuges e os filhos não alcançassem a maioridade. (NADER, 2016, p. 756)

No que tange à natureza jurídica do bem de família, esse se caracteriza por ser uma forma de afetação de bens a um destino especial, cujo pode ser classificado por voluntário e legal, buscando sempre assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar. Dessa forma, a proteção do bem se encontra em sintonia com um dos pilares da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 1º, inciso III, assegura a dignidade à toda pessoa humana na sociedade.

Sintetizando: o bem de família se dá pelo imóvel no qual a família reside e tem seu domicílio, sendo impenhorável em razão do interesse público-estatal de garantir o direito social de moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal. Destaca-se que a natureza jurídica se resulta em um bem particular imobiliário de caráter impenhorável.

Conforme aludido anteriormente, o bem de família pode ser classificado em voluntário e legal. Izabel de Melo e outros (2014, p. 1585) explica que voluntário é *“aquele instituído por ato de vontade de toda forma de entidade familiar, mediante escritura pública, doação ou testamento [...] recaindo sob bens urbanos e rurais, com seus acessórios, desde que sejam destinados ao domicílio familiar”* e que legal é

¹ Os dispositivos primordiais que resguardam o Bem de Família estão previsto na Lei nº 8.009 de 1990, art. 1.711 a 1.722 do Código Civil de 2002 e art. 5º, inc. XXVI da Constituição Federal de 1988.

aquele *“imposto legalmente, através da Lei 8.009 de 1990 que determina impenhorável o único bem da entidade familiar utilizado como residência”*, sendo esse último conceito destacado na presente obra.

1.1.1 Proteção do bem de família

A proteção do bem de família tem por base assegurar o direito constitucional à moradia, direito esse resguardado de plano pelo o artigo 6º da Carta Magna.

Tutelando primordialmente a própria entidade familiar, *“a proteção não se limita ao imóvel, isoladamente, mas também a outros bens, para a finalidade garantista declarada”*. (GAGLIANO, 2011, p. 389)

A moradia única da entidade familiar é ventilada pelo vigente Código Civil (Art. 1.711 e seguintes) quando se tratar da proteção voluntária e paralelamente tem-se o instituto do bem de família legal na Lei 8.009 de 1990, que independente da manifestação de vontade dos cônjuges ou qualquer que seja a entidade familiar que componha o lar, o bem terá proteção legal.

Importante destacar que os reflexos da proteção legal do bem de família também se encontram previsto no inciso XXVI do artigo 5º da Constituição Federal, assegurando ser impenhorável a pequena propriedade rural desde que trabalhada pela família.

A proteção do bem de família na modalidade legal se encontrou estendida com eficácia retroativa da Lei 8.009 de 1990, onde houve a aplicabilidade dos efeitos sobre as penhoras realizada antes mesmo da vigência da lei, sendo pacificado o entendimento sobre a questão e sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça².

Complementando a proteção do bem de família, quanto a incidência do valor patrimonial do bem, Izabel de Melo e outros traz o seguinte:

(...) para o bem de família legal não há um teto estipulado, ou seja, o teto de 1/3 do valor patrimonial existente para o bem de família voluntário não se aplica para o bem de família legal. A respeito, o STJ já decidiu que a Lei não exclui da impenhorabilidade o único imóvel residencial da família, ainda que de valor vultoso. Veja-se:

² Súmula 205-STJ: “A Lei 8.009/1990 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência.”

Informativo 441: "Penhora. Bem de Família. Valor Vultoso. Na espécie, o mérito da controvérsia é saber se o imóvel levado à constrição situado em bairro nobre de capital e com valor elevado pode ser considerado bem de família para efeito da proteção legal de impenhorabilidade, caso em que não há precedente específico sobre o tema no STJ. Ressalta o Min. Relator que, nos autos, é incontroverso o fato de o executado não dispor de outros bens capazes de garantir a execução e que a Lei 8.009/1990 não distingue entre imóvel valioso ou não, para efeito da proteção legal da moradia. **Logo o fato de ser valioso o imóvel não retira sua condição de bem de família impenhorável.** Com esse entendimento, a Turma conheceu em parte do recurso e lhe deu provimento para restabelecer a sentença. Precedentes citados do STF: RE 407.688-8-SP, DJ 06.10.2006; do STJ: REsp 1.024.394-RS, DJe 14.03.2008; REsp 831.811-SP, DJe 05.08.2008; AgRg no Ag 426.422-PR, DJe 12.11.2009; REsp 1.087.727-GO, DJe 16.11.2009, e REsp 1.114.719-SP, DJe 29.06.2009" (STJ, REsp. 715.259/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.08.2010). (MELO; JESUS; NETO, 2014, p. 1586), (*Grifo nosso)

Atentamos então que a proteção do bem de família é extensiva e pode ser aplicada ao imóvel rural, ao imóvel simples e ao luxuoso, desde que atenda a finalidade de ser o bem que assegure a moradia do seio familiar.

Cabe também destacar que a Súmula 364 do STJ³ estende a proteção legal do bem de família, atendendo ao bem utilizado como residência por pessoas solteiras, separadas e viúvas, contornando assim qualquer entidade considerada familiar que esteja residindo no imóvel configurado como residência única.

Estende também a proteção, conforme os ensinamentos previsto na Súmula 486 do STJ⁴ que, quando o devedor possui um único imóvel residencial e que esteja locado a terceiros, terá o amparo da impenhorabilidade quando a renda obtida da locação seja utilizado na subsistência da família e do lar do devedor, ou seja, quando os frutos do imóvel locado são usados para sustentar o lar do devedor, este imóvel alugado terá o amparo da proteção legal do bem de família.

Ademais, verifica-se nitidamente que a proteção é de forma ampla e legal quando o único imóvel for utilizado como residência de uma entidade familiar, seja essa entidade formada por vários integrantes ou apenas por um único indivíduo, independentemente da composição de integrantes que residem no lar, o bem terá proteção e não responderá por quaisquer dívidas, ressalvadas as hipóteses previstas na lei.

³ Súmula 364-STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas."

⁴ Súmula 486-STJ: "É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família."

1.1.1.1 Direito à Moradia X Direito à Liberdade

De modo expresso, o direito à moradia foi entabulado como direito social no artigo 6º da Constituição Federal, sendo trazido pela Emenda Constitucional 26/2000.

Nessa dicção, o direito à moradia é abordado como um aspecto essencial aos direitos de segunda dimensão (direitos sociais), sendo robustecido com sua expressa previsão implementada no artigo 6º da Carta Magna; harmonizando com a exigibilidade de políticas públicas e respaldo estatal para que o referido direito seja concretizado.

O direito à moradia reflete diretamente na proteção ao bem de família, partindo do pressuposto de resguardar a dignidade da pessoa humana, assegurando ao indivíduo o direito à um lar e sua proteção. Assim, o amparo do direito de moradia se concretiza de forma legal pela própria Lei 8.009 de 1990, que dispõe em tornar o bem de família impenhorável perante as demandas judiciais.

Acerca da Lei 8.009/90, essa se encontra em consonância com o disposto no artigo 6º da Carta Magna. Entretanto, há ressalvas no amparo do bem de família sendo uma delas a figura do fiador garantista do contrato de locação que não tem a proteção do bem de família sobre o próprio imóvel, ainda que tenha característica de residência familiar. Dito isso, Pedro Lenza traz o seguinte:

Levada a questão ao STF, por 7 x 3, 08.02.2006, entenderam os Ministros que “o único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário”⁵, e, assim, não violando o direito de moradia enquanto direito fundamental. (LENZA, 2017, p. 1252)

Seguindo o trecho supracitado, foi ventilado pela Suprema Corte o entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário 407.688, percebendo que a excussão do bem de família do fiador não violaria o direito à moradia previsto no rol de direitos sociais da Constituição Federal. Vejamos:

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF.

⁵ Julgado RE 407.688; AI 576.544-Agr-Agr.

Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

(RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147) (*Grifo nosso)

Portanto, conforme julgado supracitado é constitucional a penhora do bem de família do fiador que o oferece como garantia de contrato de locação. Sendo assim, cabe trazer à baila o direito fundamental de liberdade, direito esse que entra em consonância com a questão, vez que ninguém é obrigado a ser fiador, mas diante do exercício de liberdade e autodeterminação para praticar atos cíveis, caso o indivíduo resolva atender a figura de garantidor de uma obrigação por meio do contrato de fiança, este arcará com a responsabilidade do negócio jurídico, sendo esse o entendimento extraído do trecho do voto do Ex-Ministro Joaquim Barbosa no julgado. Vejamos:

(...) aparentemente, a questão posta nos presentes autos centra-se no embate entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à moradia (art. 6º da Constituição Federal), que é direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige uma prestação do Estado; de outro, o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente, por consequência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade.

Com isso, pelo exposto do entendimento do julgado do Supremo Tribunal Federal, o direito de liberdade decorre da autonomia do indivíduo, estando com seu livre arbítrio para praticar qualquer ato, desde que lícito, ainda que ponha em risco sua única residência considerada como bem de família. E, tendo em vista que a exceção da impenhorabilidade do bem prevista no artigo 3º da Lei 8.009 de 1990, traz claramente que o fiador que garante contrato de locação com seu imóvel pode ter o bem penhorado, chega-se à conclusão de que há o desdobramento maior do direito de liberdade em detrimento do direito à moradia.

1.1.1.2 Teoria Do Patrimônio Mínimo

Quando estamos diante da proteção do bem de família, entramos em sintonia com a teoria do patrimônio mínimo, a qual sua finalidade tende a subsidiar a tutela de faceta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

É perante a Constituição Federal (art. 1º, inc. III), que ventila a dignidade da pessoa humana, a qual é trazida como um pilar da nossa sociedade brasileira, um princípio essencial que forma o Estado Democrático de Direito, operando em nosso meio jurídico a teoria do patrimônio mínimo.

Cabe destacar o entendimento de Paulo Nader sobre a teoria, no qual se vislumbra:

(...) segundo a qual toda pessoa tem direito ao domínio de bens materiais, que torne possível a sua sobrevivência digna. O instituto do bem de família, objeto da Lei nº 8.009/90 e arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil, guarda sintonia com esta orientação. O patrimônio mínimo, formado por móveis e utensílios, não é suscetível de penhora nas execuções judiciais. Igualmente o imóvel residencial da entidade familiar, excetuadas as decorrentes de algumas dívidas, como a de alimentos e a de impostos, taxas ou contribuições incidentes sobre o prédio. (NADER, 2018, p. 317)

Com isso, vemos a prevalência da dignidade da pessoa humana diante da impenhorabilidade do bem de família, sendo essa uma proteção que entra em intensa harmonia com a teoria do patrimônio mínimo, reluzindo na necessidade de resguardar, garantir e proteger o mínimo que cada indivíduo necessita para poder viver de forma digna em sociedade.

1.2 A IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

Conforme reza o artigo 3º da Lei 8.009 de 1990 que dispõe sobre a proteção do bem de família *“a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”*

Pelo dispositivo supracitado, pode haver livremente a penhora do bem de família do fiador independentemente do instituto de proteção que consagra o imóvel, seja na forma voluntária ou legal, desde que seja dado como garantia em acessoriedade de um contrato de locação.

Conforme já resignado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do RE 407.688, entendeu que a penhora do bem de família do fiador está em consonância com a Constituição Federal, firmando o entendimento em questão que o dispositivo que autoriza a constrição não padece de inconstitucionalidade. Sendo assim, considera válida a penhora do bem de família do fiador, não ofendendo o artigo 6º (direito social: moradia) da legislação constitucional.

Por derradeiro, o Superior Tribunal de Justiça também reconheceu a validade da excussão do bem de família do fiador decorrente de obrigação disposta em contrato de locação pela Súmula 549⁶.

1.2.1 O instituto da penhora

Em um procedimento de execução, seja dado em fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução, teremos a figura da penhora, que nada mais é do que uma constrição de bens que se dá por meio de ato emanado do jurisdicional que busca alternativamente suprir uma obrigação que não foi adimplida, consistindo na apreensão, no depósito, e no bloqueio do patrimônio de um devedor como forma de assegurar a satisfação de uma obrigação.

Salienta-se que o procedimento executório é focado nos meios necessários e possíveis para que haja a satisfação de uma obrigação inadimplida por parte do executado, seja em pagar quantia certa, fazer ou não fazer alguma coisa, sempre refletindo uma obrigação devida ao exequente.

Humberto Theodoro Junior explica didaticamente o conceito de penhora, abrangendo seus aspectos. Vejamos:

Diz, outrossim, que a penhora é um ato de afetação, porque sua imediata consequência de ordem prática e jurídica, é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os a disposição do órgão judicial, para à custa e mediante sacrifício desses bens, realizar o objetivo da execução, que é a função pública de dar satisfação ao credor. (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 167)

⁶ Súmula 549-STJ: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.”

Em síntese: trazemos que a função da penhora se encontra em promover a individualização e apreensão dos bens de um devedor, conservando e indicando preferência para o credor da obrigação.

1.2.1.1 O alcance da penhora

Estaremos diante da responsabilidade patrimonial do devedor como forma de verificar o alcance da penhora, com exceção aos que possuem proteção legal. Conforme é trazido pelo o artigo 789 do então vigente Código de Processo Civil, “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

A penhora se estende a todos os bens que compõe o patrimônio de um devedor, seja o bem tangível ou intangível, tendo por resguardado os que possuem suas ressalvas legais e que não estão passíveis ao processo executório.

Conforme Geraldo Aparecido do Livramento demonstra em sua obra, (2018) a responsabilidade patrimonial envolve um leque de bens que são passíveis dos efeitos da execução. Em síntese, vejamos o alcance da penhora trazido pelo autor em sua obra⁷:

Os Bens do sucessor adquiridos á título singular, tratando de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, dentre o qual é apresentado ser aquele terceiro que adquiriu um bem embaraçado, ou seja, coisa litigiosa;

Os bens do sócio, conforme disposto em lei, elucida que as sociedades empresárias, em regra, respondem por suas dívidas com seu patrimônio particular e que conforme os ditames da lei, os bens dos sócios podem estar sujeitos, em determinadas causas, ao cumprimento das dívidas da sociedade;

Os bens do devedor, ainda que em poder de terceiros, situação essa que decorre da penhora sobre o bem que se encontra alienado fiduciariamente, havendo a constrição apenas do direito e ação do proprietário contra o possuidor;

⁷ O professor Geraldo Aparecido do livramento aborda a responsabilidade patrimonial e os bens passíveis de penhora previsto nas páginas 147 à 159, enfrentando em sua obra “Execução no Processo Civil” 3º edição, 2018, Editora JHMIZUNO.

Os bens do cônjuge ou companheiro, quando sua meação ou bens próprios responderem pela dívida, podendo alcançar os bens de ambos os consortes se a dívida foi constituída em prol da família;

Os bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução, trazendo o autor como uma possibilidade para aquele devedor que busca livrar o seu patrimônio sem que haja o cumprimento de uma obrigação devida, gravando ao bem um direito real, ou até mesmo alienando-o por meio de doação ou compra e venda. Porém, ressalta o professor Geraldo, em sua obra, que tais atos são ineficazes em virtude de ter relação com a execução promovida, podendo estar atrelada até com aquela que venha a ser demandada; e

Dentre outras hipóteses que o autor Geraldo Livramento ilustra em sua obra, tais como a figura do espólio e bens do responsável na desconsideração da personalidade jurídica, trazemos por último e com suas palavras, a execução dos bens do fiador, tema esse que será frisado mais adiante. Desde logo, atentamos:

O fiador, quando executado, tem o direito de exigir que o primeiro sejam executados os bens do devedor situados na mesma comarca, livres e desembaraçados, indicando-os pormenorizadamente à penhora. (...) Os bens do fiador ficarão sujeitos à execução se os do devedor, situados na mesma comarca que os seus, forem insuficiente à satisfação do direito do credor. (LIVRAMENTO, 2018, p. 158-159).

Dito o exposto, a penhora claramente se vislumbra de um extenso leque de bens passíveis de execução que compõe o patrimônio de um devedor, dentre os quais terão em ressalvas as hipóteses legais que configuram causa de impenhorabilidade, tendo sua proteção prevista no ordenamento jurídico.

1.2.1.2 O princípio da menor onerosidade

O princípio da menor onerosidade, conhecido também como o da economicidade, dimensiona que o devedor em uma obrigação na ação executiva deverá ser atingido do modo menos danoso possível para que haja a satisfação do direito do credor. Desta forma, o legislador instituiu esse princípio de forma privilegiada no Código de Processo Civil, no artigo 805, determinando que: *“quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”*

Seguindo essa questão, Humberto Theodoro Júnior segue a perspectiva de que *“toda execução deve ser econômica, isto é, deve realizar-se da forma que satisfazendo o direito do credor, seja o menos prejudicial possível ao devedor”* (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 225).

Cabe ainda destacar que há o direito de o executado reclamar ao juízo que a medida executiva sofrida é a mais gravosa, contudo, estará obrigado a indicar outros meios mais eficazes e menos gravosos para que haja o adimplemento da obrigação, sob pena de serem mantidos os meios já aplicados.

1.2.1.3 O excesso de onerosidade na penhora do bem de família do fiador

Tendo em vista que pode haver penhora do bem considerado de família do fiador quando dado em garantia de contrato de locação, vez que se encontra como exceção da proteção legal consagrada pela Lei 8.009 de 1990, temos evidente a superação de toda onerosidade possível que pode ser promovida em desfavor do demandado como forma de satisfazer uma obrigação.

Ainda que o fiador possa ter o benefício de ordem, que será explicado no momento oportuno e também o direito de demandar em regresso contra o locatário, a penhora do bem de família é um ato extremamente gravoso, vez que o bem executado tem a finalidade de ser o lar da entidade familiar e que poderá ser constringido pelo inadimplemento de uma obrigação oriunda do contrato de locação em que o fiador sequer teve algum proveito econômico.

No entanto, nos dizeres de Pedro Lenza, afirma o seguinte: *“ninguém é obrigado a ser fiador; mas, assumindo esse encargo, terá de arcar com responsabilidades”* (LENZA, 2018, p. 1252). Logo, pela simples manifestação do indivíduo em garantir uma obrigação pelo contrato de fiança, esse poderá ter sua propriedade executada, ainda que seja um imóvel que aspira ser um bem de família.

Nessa acepção, a onerosidade do ato de penhora em face do fiador é de tamanha gravidade que mesmo que o garantidor não possua inteira noção da responsabilidade do ato que esteja se comprometendo, ainda assim estará obrigado com a dívida do terceiro, dessa forma é trazido na literatura que:

Em outras palavras: se o fiador for demandado pelo locador, visando a cobrança dos aluguéis atrasados, poderá o seu único imóvel residencial ser executado, para a satisfação do débito do inquilino.

Não ignorando que o fiador possa se obrigar solidariamente, o fato é que, na sua essência, a fiança é um contrato meramente acessório, pelo qual um terceiro (fiador) assume a obrigação de pagar a dívida, se o devedor principal não o fizer. (GAGLIANO, 2011, p. 402).

À vista disso, é cabível questionar se seria razoável dar o cumprimento na garantia dada de forma acessória (no caso a fiança em contrato de locação) para que seja feito o adimplemento da obrigação. Questiona-se se tal norma que possibilita a penhora do único bem de família do fiador realmente seria válida, se seria justa a aplicação da constrição ainda que supere todos os níveis de onerosidade possível, vez que o fiador sequer obtém vantagem da obrigação que garante, ou também pelo fato deste às vezes não ter total ciência da responsabilidade e do risco da garantia.

Para Pablo Stolze Gagliano entende o seguinte:

Partindo-se da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica – o contrato de locação – não é justo que o garantidor responda com o seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário. Isto é, se o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia e comprar um único imóvel residencial, este seu bem será impenhorável, ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio bem de família perante o locador que não foi pago. (GAGLIANO, 2011, p. 402).

Evidente que a onerosidade da obrigação se encontra maior em desfavor do fiador do que para o próprio locatário, vez que diante do inadimplemento da obrigação prevista em contrato de locação, o alcance das medidas executórias que busca o cumprimento da obrigação possui maior afetação e prejuízo em face do fiador que deu seu único imóvel como garantia do que para o locatário.

Com isso, conforme já colocado em tela, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal já firmou seu entendimento possibilitando a penhora do bem de família do fiador (RE 407.688), ao qual o precedente jurisprudencial ainda se encontra consolidado, importando o seu questionamento.

CAPÍTULO II – O INSTITUTO DA FIANÇA NA ESFERA CÍVEL

Preliminarmente, cabe destacar que no campo do Direito o termo “fiança” é trazido em duas espécies: a criminal e a civil. Sendo esta última o objeto de estudo abordada no presente projeto.

A palavra “fiança” possui finalidades distintas que dependem da esfera de atuação que esteja sendo trabalhada. Em se tratando do campo criminal, a fiança tende a não assegurar o adimplemento de uma prestação patrimonial, mas, sim, oportunizar o direito à liberdade daquele indivíduo que esteja sendo acusado da prática de um ato ilícito, atendendo a presunção de inocência até que ocorra o trânsito em julgado da correspondente ação penal.

Abordando a fiança na esfera civil, tem-se um vínculo jurídico dado de forma contratual, entabulado entre o credor que será o favorecido da obrigação e o fiador que será o sujeito garantidor da prestação, quando, o devedor principal assegurado não a cumprir. Sintetizando: a fiança no campo cível é uma espécie contratual que assegura a solvabilidade de uma obrigação patrimonial.

2.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DO CONTRATO DE FIANÇA

Nos termos do artigo 818 do Código Civil: *“pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.”* Assim, a fiança se encontra no título VI que aborda os contratos em espécie da legislação cível, sendo uma modalidade de caução ou de garantia fidejussória.

Compreende a fiança, como um contrato complexo, especial, *sui generis*⁸, trazido nos dizeres de Izabel de Melo e outros (2014, p.1149) como *“unilateral, gratuito, acessório e formal (sempre escrito). São partes o credor e o fiador. O devedor, embora eventualmente beneficiado com a fiança, não faz parte do contrato.”*

Nessa acepção, a obrigação firmada no contrato de fiança tem os efeitos ensejados apenas por uma das partes que assume a obrigação em face da outra, não havendo a figura da contraprestação. Ao mesmo que assemelha com a doação, a

⁸Algo único, peculiar, incomum, descomunal, particular, algo que não tem correspondência igual ou mesmo semelhante

fiança tem como característica a gratuidade, referindo-se ao fato de não ter como finalidade o proveito econômico pela parte fiadora. Sendo considerado também como uma espécie acessória, em razão da pactuação depender de uma obrigação principal para que seja então firmada.

Izabel de Melo e outros (2014, p.1152) preconiza que “o objetivo do contrato de fiança é a criação, em favor do credor, de uma alternativa a mais na cobrança de seus créditos.” Dessa forma, em regra, a fiança é investida por ser uma obrigação subsidiária; o fiador, só irá se submeter ao cumprimento da dívida que esteja garantindo quando o devedor principal se encontrar inadimplido e com o patrimônio impotente que não seja capaz de solver com a obrigação, salvo se o garantidor renunciar o benefício de ordem previsto na natureza do contrato de fiança, conforme será abordado no item 2.1.3.

Traz se a baila, em destaque no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, quanto a conceituação, natureza jurídica e alguns aspectos relevante do contrato de fiança, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FIANÇA. CARÁTER ACESSÓRIO. DÉBITO JÁ VENCIDO. MERA TOLERÂNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE TRANSAÇÃO OU MORATÓRIA, A ENSEJAR A EXONERAÇÃO DA FIANÇA. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS E INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A fiança é contrato que tem o propósito de transferir para o fiador o risco do inadimplemento, cumprindo, dessa forma, sua função de garantia. Tem caráter acessório porque depende da existência da obrigação principal para que possa subsistir (fica vinculada à existência, validade e eficácia dessa obrigação). Por conseguinte, desaparecendo a responsabilidade do afiado, não mais a terá o fiador.

2. Além das causas que extinguem os contratos em geral, a fiança também encerra-se por atos praticados pelo credor, especificados no art. 838 do Código Civil: a) concessão de moratória (dilação do termo contratual) ao devedor, sem consentimento do fiador, ainda que solidário; b) frustração da sub-rogação legal do fiador nos direitos e preferências; c) aceitação, em pagamento da dívida, de dação em pagamento feita pelo devedor, pois neste caso ocorre pagamento indireto, que extingue a própria obrigação principal.

3. O art. 366 do Código Civil também esclarece que importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consenso com o devedor principal. Com efeito, a transação feita sem anuência do fiador também extingue a fiança. Isso porque transação é o mesmo que acordo, caracterizado pela reciprocidade de concessões, cujo principal efeito é, em regra, pôr fim à obrigação - por outros termos, a transação gera novação.

4. Não havendo a substituição da obrigação em si, de sua natureza, em regra, é inviável falar em novação objetiva, ainda que o credor e o devedor efetuem a renegociação de dívida já vencida, mesmo que implique a redução dos encargos pactuados, a concessão de prazo de carência para pagamento do débito vencido ou a sua redução. Isso porque, se apenas um faz concessão

(credor), poderá haver renúncia ou reconhecimento, não uma transação. A dupla concessão é o elemento essencial da transação, é a sua diferença específica em relação a figuras jurídicas análogas. 5. A abalizada doutrina civilista esclarece que moratória a que se refere o art. 838, I, do CC, como causa de exoneração da fiança, consiste em prorrogação de termo, protraindo sua exigibilidade. Não se caracteriza pela simples inércia ante o recebimento do débito vencido e exigível ou mesmo em vista do parcelamento dessa dívida. 6. Embora abstratamente proceda a tese recursal de que a simples tolerância do credor, no tocante ao pagamento de débito vencido, não pode transmudar-se em moratória, hábil a exonerar o fiador da garantia prestada, no caso concreto não encontra respaldo, de acordo com o que foi apurado pelas instâncias ordinárias. Conforme consignado no acórdão recorrido, apenas a primeira concessão de moratória teve anuência dos fiadores, ficando estabelecido que o prazo foi protraído para 22 de maio de 1991. Todavia, o "contrato de empréstimo sofreu várias prorrogações além daquelas previstas no primeiro termo aditivo, caracterizando a concessão de moratória - dilação do prazo para o adimplemento da obrigação -, de maneira tal que a dívida se venceu apenas em 01/07/1996". 7. Em vista do averiguado e da correta compreensão do que seja moratória, só se cogitaria em revisão do decidido mediante reexame de provas e interpretação contratual, providências obstadas pelas Súmulas n. 5 e 7 do STJ. 8. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1374184 AL 2013/0073244-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 12/11/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2019) (*Grifo nosso)

Conforme exposto no julgado supracitado, o contrato de fiança tem como uma de suas principais características a acessoriedade, estando atrelado a obrigação principal a qual busca garantir, sendo uma pactuação que depende exclusivamente de outra para existir. Assim, considerado nulo ou extinto o contrato principal, os mesmos efeitos atingirão o contrato acessório.

Logo que, diferente da figura do aval, que também é uma espécie de assegurar o cumprimento de uma obrigação, só que dada em títulos de crédito, a fiança tem outros aspectos que a difere como garantia, tais como subsidiariedade no cumprimento da obrigação e não solidariedade, sendo retratada no benefício de ordem do fiador no processo de execução, a exigência da outorga uxória a depender do regime de bens do casamento para validade do ato, a possibilidade de substituir o garantidor, a oportunidade de exonerar-se da garantia e de estabelecer prazo para a fiança.

Por fim, considerando que o contrato de fiança é investido por diversas regras, sendo as principais: a possibilidade de firmar a garantia sobre dívida futura, podendo demandar em face do fiador quando se fizer certa e líquida a obrigação principal; pode ser limitado, hipótese em que o garantidor da obrigação poderá se comprometer apenas ao valor principal devido, sem inclusão dos encargos da mora

do devedor, ou apenas parte da obrigação e ilimitado quando o fiador se obrigar por todos os acessórios, além da obrigação principal; e dentre as demais regras, a fiança pode ser dada pelo período determinado ou indeterminado, assim o fiador pode expressar no contrato de fiança o limite de duração da garantia pessoal ou pode dispor sem limitação de tempo quando estiver garantindo um contrato de prazo indeterminado.

2.1.1 A figura do fiador

Sobre a figura do fiador, o indivíduo, ao exercer sua liberdade e autonomia para praticar atos cíveis, pode se dispor em garantir determinada obrigação por meio do contrato de fiança, uma vez que o garantidor pode agir de forma autônoma, independentemente do consentimento ou vontade do devedor que esteja garantindo.

No mesmo sentido, havendo disponibilidade de determinado fiador, em garantir o ato firmado pelo devedor, o credor não se encontra obrigado a acolher a garantia desse quando não o considerar como uma pessoa idônea, seja por este não ter domicílio no município onde tenha de prestar a fiança, ou quando não possuir bens suficientes para assegurar a obrigação.

Complementando, Izabel de Melo e outros preconizam, que, *“por idoneidade tenha-se também a eficácia da fiança quanto à pessoa que, eventualmente, possa ou não prestá-la, como no caso da pessoa casada que depende para tanto, da autorização do outro cônjuge”*. (MELO, JESUS E NETO 2014, p. 1151) Referindo-se a outorga uxória, questão que já foi objeto de discussão no Tribunal Superior, sendo firmado entendimento sobre o tema a partir da súmula 332 do STJ⁹.

Ressalta-se que a pessoa do fiador tem o papel relevante nas relações contratuais, uma vez que há a exigência do garantidor como forma de trazer segurança jurídica na pactuação da obrigação. Dessa forma, havendo insolvência ou redução dos bens do devedor principal ou até mesmo incidindo no próprio inadimplemento por parte deste, o credor irá recorrer a quem se dispôs a garantir o cumprimento do negócio jurídico, o fiador.

⁹ Súmula 332-STJ: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”. Importando advertir que diante do referido entendimento firmado pelo Tribunal, apenas reforça o disposto do Artigo 1.648 inc. III, do Código Civil, referindo quanto a ineficácia da garantia prestada sem a *venia* (consentimento) do cônjuge, a qual implica na nulidade de pleno direito do ato.

2.1.2 A responsabilidade no contrato de fiança e sua extensão

Diante da responsabilidade do contrato de fiança, deve-se compreender primeiramente a natureza da garantia, sendo uma espécie que se encontra consolidada em caráter fidejussória amplo, podendo ser aplicada às diversas espécies contratuais e obrigacionais de qualquer natureza.

A garantia fidejussória também conhecida como garantia de natureza pessoal, consiste no indivíduo dispor todo o seu patrimônio disponível como forma de garantir uma obrigação devida por outrem. De tal modo, a responsabilidade sujeita todo o patrimônio e não apenas um determinado bem, como são no caso das garantias reais

A responsabilidade do fiador se desdobra sobre os termos que foi pactuado com o credor da obrigação principal, tendo em vista ser um contrato benéfico e por não ter interpretação extensiva além daquela expressada no ato. Sendo assim, o fiador responde na proporção que se obrigou, conforme explica Paulo Nader. Vejamos:

A fiança pode ser parcial ou total, de acordo com a possibilidade, conveniência ou interesse do fiador, que nem sempre possui condições econômicas para suportar encargos que superem determinado limite. Sendo parcial, ainda que o valor da dívida ultrapasse o limite da fiança, o garante responderá apenas até o valor estipulado. O art. 823 dispõe neste sentido. Se a caução fidejussória for total, a obrigação abrangerá os acessórios da dívida principal, como juros, multa e atualização monetária, além das despesas judiciais, sendo que o cômputo dos encargos se faz a partir da citação. Para que a fiança seja parcial, indispensável que no instrumento contratual conste expressa cláusula delimitadora. (NADER, p. 514, 2018)

Se a fiança for pactuada a fim de garantir contrato de locação imobiliário, como é visto na maioria dos casos, poderão as partes estipular na aplicação de cláusulas limitadoras, exemplo seria na renúncia de responsabilidade sobre indenização de perdas e danos gerado pelo locatário, despesas judiciais, encargos moratórios decorrente da inadimplência do devedor principal, entre outras. Ressalta-se também, que a responsabilidade do garantidor poderá ser limitada pelo tempo, permanecendo o fiador obrigado na garantia gerada durante determinado lapso temporal. Estando em sintonia com o disposto no artigo 819 do Código Civil, que

reflete na não admissão de interpretação extensiva para a garantia, conforme previsto no julgado logo abaixo proferido pela 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Atentamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DE GARANTIA FIDEJUSSÓRIA. ACORDO. MORATÓRIA CONCEDIDA DO CREDOR/LOCADOR AO DEVEDOR PRINCIPAL/LOCATÁRIO. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA EXPRESSA DO FIADOR QUANTO À TRANSAÇÃO. EXTINÇÃO DA FIANÇA. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 844, § 1º E 838, INCISO I DO CÓDIGO CIVIL - CC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Segundo o art. 819 do CC, a fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva?. **A forma escrita é essencial para a imposição de limites à responsabilidade do fiador para o caso do devedor não cumprir com a obrigação principal, além de restringir a interpretação da garantia fidejussória, uma vez que a responsabilidade do fiador deve estar bem definida no contrato.** 2. **O instituto da fiança não se renova nem se prorroga automaticamente, sendo exigido, para tanto, prova da explícita anuência do fiador nesse sentido.** 3. Por moratória, entende-se a ampliação do lapso temporal estipulado originalmente para adimplemento da dívida entre credor e devedor, a fim de que o devedor pague pelos valores em aberto. Já por transação, entende-se aquela em que as partes convencionam a extinção de obrigações anteriormente firmadas. O STJ dá à transação igual tratamento quanto ao efeito da moratória, ou seja, desobriga o fiador que não anuiu ao acordo. 4. **O fiador do contrato de locação não está obrigado a garantir o acordo firmado entre a parte credora/locadora e o devedor principal/locatário (transação/moratória), quando dele não participar/anuir, não sendo possível entender, extensivamente, que também é garantidor da referida transação, que visa quitar os débitos em aberto do negócio locatício, restando caracterizada a extinção da fiança - artigos 838, inciso I (moratória) e 844, § 1º (transação), ambos do Código Civil - CC.** 5. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(TJ-DF 07145003120188070001 DF 0714500-31.2018.8.07.0001, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, Data de Julgamento: 09/10/2019, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 29/10/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) (*Grifo nosso)

Isto posto, em síntese, a responsabilidade do fiador se dá na submissão de todo patrimônio deste como forma de saldar a dívida que o devedor principal da obrigação tenha falhado no cumprimento, observando sempre à medida que o garantidor tenha assumido.

Por fim, destaca-se novamente que a natureza da responsabilidade da fiança é fidejussória, ou seja, patrimonial. Porém, em determinada circunstância, o respectivo contrato se assemelhará com a garantia real, vez que nos contratos de locações residenciais o fiador que tenha voluntariamente determinado seu bem como garantia do contrato principal, poderá tê-lo excutido ainda que seja considerado bem

de família, conforme assevera o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009 de 1990, recaindo o cumprimento da fiança não em todo patrimônio do fiador, mas sim diretamente nesse bem dado em garantia como forma de saldar o inadimplemento do devedor, conforme será explicado no item 2.2.

2.1.3 Prerrogativas do fiador no cumprimento da obrigação

De forma breve, traz-se a baila as principais prerrogativas dispostas no contrato de fiança, sendo uma delas o fato de ser uma obrigação subsidiária, sendo explicado por Paulo Nader, que, “*o credor somente poderá exigir o pagamento pelo fiador, após pleitear judicialmente contra o devedor-afiançado. Não observada esta ordem, o fiador poderá invocar o benefício de ordem ou de excussão (...)*”¹⁰ (Nader, p. 516, 2018).

Sendo assim, o benefício de ordem é umas das principais característica do contrato de fiança, ao qual cabe ao credor atingir o patrimônio do garantidor quando somente houver esgotado o patrimônio do devedor principal, não havendo em regra solidariedade no cumprimento da obrigação entre afiançado e fiador. Porém, poderá haver renúncia do referido benefício quando somente estiver cláusula expressa abdicando-o.

Por consequência, o garantidor se sub-roga nos direitos do credor quando cumprir com a obrigação que tenha garantido, além de poder exigir daquele devedor as perdas e danos que sofrer em razão da fiança.

Dito isso, destaca-se que a legislação processual vislumbra que o cumprimento da garantia assumida pelo fiador no óbice judicial se dará tão somente quando esse tenha sido arrolado na fase cognitiva da demanda movida em face do locatário devedor principal. Importando a sua não responsabilização pela obrigação quando não tenha feito parte da ação de conhecimento.

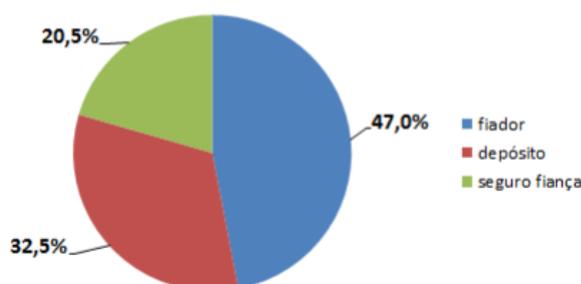
¹⁰ Complementando o entendimento de Paulo Nader na obra “Curso de Direito Civil: Contratos” – Vol. 3, 9ª Edição, p. 516, 2018: Caso não seja observada esta ordem pontuada em questão, o fiador poderá exercer o seu direito de benefício de ordem ou de excussão na demanda, se atentando em fazê-lo até a contestação da lide, caso a demanda proposta seja ação de cobrança; se ação executiva, mediante embargos do devedor – arts. 914 e seguintes do Código de Processo Civil. Há quem sustente que o prazo, em havendo execução, seja o previsto para a nomeação de bens à penhora, o que não é razoável, de um lado pela exiguidade do tempo – 24 horas – e, de outro, pela inoportunidade de se ingressar diretamente nos autos de execução com o encargo de deduzir a prova exigida pelo parágrafo único do art. 827. Não arguido tempestivamente o benefício, o direito do fiador fica precluso.

2.2 CONTRATO DE FIANÇA ESTIPULADO COMO GARANTIA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO

Após compreensão dos principais aspectos que comportam a fiança como espécie contratual, a partir do presente título será abordado a garantia estabelecida nos contratos de locação, principalmente pelo fato de comportar determinado entendimento jurisprudencial sobre o referido negócio jurídico, tendendo a ser questionado na presente obra (constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador diante do princípio da isonomia).

Cabe destacar que a maior parte dos contratos de locações de imóveis residenciais têm como garantia a figura de um fiador, conforme ilustra a pesquisa mensal de valores de locação residencial da cidade de São Paulo, feita pelo SECOVI SP em abril de 2013, em que apurou-se que, o fiador foi a espécie de garantia mais aderida nos contratos de locação, atendendo em maior parte dos contratos (47%) dentre as demais espécies de garantia aderida no ramo imobiliário. Nota-se pelo gráfico logo abaixo:

TIPOS DE GARANTIA
CONTRATO DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL - ABRIL/2013



Fonte: SECOVI SP- pesquisa mensal de valores de locação residencial cidade de São Paulo – abril de 2013

Logo então, o debate sobre o contrato de fiança firmado como garantia em contrato de locação de imóvel residencial é válido, uma vez que evidencia o compimento do mercado imobiliário na aderência de garantir a obrigação assumida pelo locatário/devedor principal por meio do fiador, sendo uma forma de precaver o cumprimento daquele por este.

Considerando também, o artigo 3º da Lei 8.009 de 1990 reza que, “a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. Dito isso, Izabel de Melo e outros explica, que, “a regra, como se vê, impõe que os bens de família do fiador podem ser livremente penhorados em decorrência de obrigação de fiança por ele assumido em acessoriedade a um contrato de locação”. (MELO, JESUS E NETO 2014, p. 1153)

Dessa forma, a questão principal a ser abordada no contrato de locação de imóvel residencial garantido em acessoriedade por meio da fiança, é por estar diante de uma válvula de escape do amparo legal ao bem de família do fiador, uma vez que é uma excepcionalidade a proteção da residência familiar, em que pese, o mercado imobiliário ter conhecimento e usufruir de tal mecanismo em desfavor daquele garantidor que desconhece o nível de responsabilidade em que se dispõe a garantir, conforme exposto ao item que segue.

2.2.1 A influência do mercado imobiliário sobre o contrato de fiança em garantia das locações

No intuito de se resguardarem da inadimplência, os atuantes do setor imobiliário e proprietários de imóveis buscam garantias como forma de assegurar o cumprimento obrigacional firmado em contrato de locação. Conforme já exposto, o contrato de fiança se encontra como uma das espécies de garantia mais aderida no campo imobiliário, uma vez que o referido setor tem maior discernimento quanto a figura do fiador e de sua responsabilidade patrimonial perante a insolvência do devedor principal.

Segundo a revista “ZAP em Casa”, em seu artigo “*Fiança é garantia escolhida por imobiliárias e proprietários em metade das locações*”, publicado em 22/08/2014, quanto a escolha do fiador no contrato de aluguel, vejamos:

A pessoa que se candidata como fiadora precisa ter algum patrimônio, como imóvel, carro ou lote. As exigências mudam de acordo com a política da imobiliária. Há empresas que pedem dois fiadores ou renda comprovada de três vezes o valor do aluguel e taxas. O nome do fiador também deve estar totalmente sem pendências. (Fonte: Revista do ZAP, 2014).

Dito isso, válida é a exigência dos locadores de imóveis em exigir uma garantia sobre a obrigação pactuada com o locatário, em razão de ser necessário assegurar o cumprimento do crédito oriundo do contrato. A problemática se apresenta quando compila apenas o contrato de fiança como forma de garantir o contrato principal de locação, ainda que seja uma forma mais acessível para aquele locatário que não possui condições de arcar com outras formas de garantias.

Abordando outras formas de garantia, conforme previsto no artigo 37¹¹ da Lei do Inquilinato (Lei 8.245 de 1991), há a previsão do seguro-fiança que é feita por instituições financeiras e caução, dentre outras espécies de garantias previstas na lei.

Idêntico do que já foi registrado anteriormente, a fiança se encontra como sendo o meio mais difundido de garantia aderida na pactuação dos contratos de locações, porém, cumpre observar que há diversas garantias possíveis que também são bastante viáveis na seguridade do crédito, e por derradeiro, não implicam em responsabilizar patrimonialmente uma terceira pessoa alheia ao contrato, tendo em vista que na fiança há a incidência de uma capacidade maior de onerosidade obrigacional em face do fiador do que para o próprio devedor principal.

Sendo assim, salienta-se que o mercado imobiliário tem elevado conhecimento quanto a figura do contrato de fiança e a sua aplicação, principalmente quando tal espécie contratual acessória resguarda um contrato de locação de imóvel residencial, pormenorizando o fato do fiador nem sempre possuir o mesmo nível de conhecimento da garantia que se encontra assumindo com o credor da obrigação, o que conclui que, se caso tivesse inteira consciência da responsabilidade, se fosse pautado de forma trivial ao garantidor que poderia estar sujeito a penhora até do próprio bem de família como forma de saldar a dívida do devedor principal, não restariam pessoas dispostas a ser fiadores de tais obrigações.

¹¹ Art. 37. 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.

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Compreende que os contratos de locações garantidos com fiança são consolidados em maior parte com êxito, uma vez que dependem da ignorância quanto ao aspecto jurídico da natureza do contrato pelas partes, especialmente quanto ao fiador.

De fato, a ignorância por parte do fiador ao se dispor em prestar a garantia pode ser ilustrado sobretudo em razão das imobiliárias terem amparo com contratos extremamente robustos, utilizando-se de terminologias jurídicas, as quais se aproveitam de vocabulário jurídico cuja compreensão necessita de noção técnica, o que no caso o fiador, em regra, não possui quando se dispõe a assumir a garantia. Ressalta-se que aquele indivíduo que tenha total ciência do contrato de fiança pensaria duas ou em até mais vezes ao se dispor a assinar.

Sobre a questão em pauta, complementamos que a atuação do mercado imobiliário nas locações de imóveis sob a garantia do contrato de fiança se dá na modalidade de adesão, a qual não há o debate sobre as cláusulas que compõe o termo de garantia. Dessa forma, atendemos:

Ademais, é passível de comprovação empírica o fato de que as imobiliárias, que intermedeiam os contratos de locação, dificilmente aceitam negociar as cláusulas relativas à fiança, mitigando-a de modo a fazer com que a eventual inadimplência do locatário torne-se menos penosa ao fiador. Ou o fiador as aceita nos termos que interessam à imobiliária, tendo de assinar um contrato com cláusulas-padrão, ou o locatário em potencial deverá buscar por quem aceite o desafio. (Fonte: Conjur, 2007)¹²

Entretanto, a exigibilidade habitual do contrato de fiança pelo mercado imobiliário nas relações contratuais locatícias se depara em trazer segurança jurídica e estabilidade econômica em favor desse, ainda que seja em detrimento do fiador, que sequer possui proveito sobre o contrato principal que se encontra garantindo.

Dado o exposto, finaliza-se pontuando novamente a questão se seria razoável, justo, restringir o bem de família do fiador, aquele único imóvel residencial que comporta uma entidade familiar, como forma de saldar o inadimplemento daquele devedor principal. Ainda que não tenha inteira ciência da responsabilidade que o fiador se encontra obrigado, seria válido onerá-lo de tal forma?!

¹² Artigo online: *MERCADO IMOBILIÁRIO “Decisões dos tribunais em locações favorecem fiador”*. Por Thiago Magalhães, 2007 - www.conjur.com.br (Acesso em 23/07/2020)

Por mais que o garantidor tenha amparo com o direito de regresso em face do devedor principal, é conveniente ressaltar que se este não conseguiu sequer cumprir com a obrigação principal contratada, quem dirá com a acessória.

2.2.2 A impenhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação de imóvel comercial X a possibilidade da penhora na locação de imóvel residencial

O disposto no Inciso VII do art. 3º da Lei 8.009 de 1990 que trata sobre a possibilidade da penhora do bem de família do fiador dado em garantia de contrato de locação já foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal diante de duas situações quanto a aplicação do dispositivo legal.

No primeiro momento, já oportunamente observado no item 1.3.1.1, que trata sobre o direito de moradia x direito de liberdade, é citado o julgado da Suprema Corte RE 407.688 com repercussão geral que trata sobre o exercício do direito de liberdade e que a penhora do bem de família do fiador com finalidade de adimplir com obrigação decorrente de contrato de locação de imóvel residencial não fere o direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal, ou seja, há o entendimento da constitucionalidade e o recepcionamento do dispositivo infralegal que autoriza tal constrição (Inciso VII do art. 3º da Lei 8.009 de 1990).

Neste segundo momento é trazido à baila o provimento do Supremo Tribunal Federal acerca do RE 605.709, que, surpreendentemente a Corte declara a incompatibilidade da penhora da residência familiar do fiador ofertada como garantia em contrato de locação de imóvel comercial, objetivando o julgado na proteção do direito constitucional à moradia. Atentamos à ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. **PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS EM PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE, QUE ABORDARAM GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. CASO CONCRETO QUE ENVOLVE DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. **É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial****

ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 26/2000. 2. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia. 3. Premissas fáticas distintas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 605709, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 15-02-2019 PUBLIC 18-02-2019) (*Grifo nosso)

Evidentemente verifica-se a distinção dos precedentes da Suprema Corte, sendo que no RE 407.688 há possibilidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locações de imóveis residenciais. Já no RE 605.709, é declarada inconstitucional a constrição quando o objeto do contrato de locação for imóvel comercial. Nesse sentido, a previsão disposta no art. 3º, VII, da Lei 8.009 de 1990, autoriza a constrição do bem de família como forma de satisfazer a dívida inadimplida pelo locatário quando abrangido tão somente os contratos de locação para fins de residência e não de comércio.

Atentamos ao entendimento da Ministra Rosa Weber que participou da corrente determinante do provimento do julgado que reconhece a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador decorrente do contrato de fiança que visa garantir contrato de locação de imóvel comercial, sob a sua concepção, deve resguardar a dignidade da pessoa humana, do lar que comporta uma entidade familiar e do princípio da isonomia. Vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS EM PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE, QUE ABORDARAM GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. CASO CONCRETO QUE ENVOLVE DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua

moradia, cujo sacrifício, com a vênia dos que pensam em sentido contrário, não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Tal interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não foi, a meu juízo, recepcionada pela EC nº 26/2000. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário, vale recordar, não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não vislumbro, assim, justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador (garante), sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito fundamental à moradia. Acrescento que, no caso de locação comercial, a imposição de restrições ao direito fundamental à moradia do fiador, por meio da penhora do único imóvel destinado à sua residência, tampouco se justifica sob o ângulo da proporcionalidade. A uma, porque a medida não é necessária, ante a existência de instrumentos outros suscetíveis de viabilizar a garantia da satisfação do crédito do locador de imóvel comercial, notadamente caução, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento (art. 37 da Lei nº 8.245/1991). A duas, porque conjecturas meramente teóricas, sobre a dificuldade ou a onerosidade na prestação de outras modalidades de garantia ou, ainda, sobre empecilho na obtenção de fiadores com mais de um imóvel, não legitimam, segundo compreendo, o sacrifício do direito fundamental à moradia em nome de projetada promoção da livre iniciativa. (RE 605709, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 15-02-2019 PUBLIC 18-02-2019) (*Grifo noss)

Cumprido destacar que o fundamento predominante da corrente vencedora sobre o referido julgado se encontrada consistido de plano no direito social à moradia, direito esse de segunda dimensão disposto no artigo 6º da Carta Magna. Dessa forma, o entendimento aqui já é o contrário do julgado RE 407.688, uma vez que é entendido que a penhora do bem de família do fiador diante do inadimplemento de contrato de locação de imóvel comercial seria demasiada, ou seja, atende a fato de que é preciso garantir o mínimo existencial. O que leva a entender que foi aderido no julgado RE 605.709 a Teoria do Patrimônio Mínimo pontuada no item 1.3.1.2.

Logo, mister se faz necessário analisar de forma crítica as incontáveis demandas judiciais que se encontram em tramite¹³ ou que ainda podem ser propostas,

¹³ À título de exemplo, em uma mera pesquisa de jurisprudência no site www.jusbrasil.com.br, usando a terminologia: "Impenhorabilidade do bem de família do fiador" encontra-se diversos julgados sobre o assunto, tais como: TJ-RS - Agravo de Instrumento AI 70081993826 RS (TJ-RS); STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO AgR RE 1228652 RJ RIO DE JANEIRO 0048193-17.2018.8.19.0000 (STF); TJ-RS - "Agravo de Instrumento" AI 70082696071 RS (TJ-RS); TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 21087743220198260000 SP 2108774-32.2019.8.26.0000 (TJ-SP); TJ-RS - "Agravo de Instrumento" AI 70079635785 RS (TJ-RS); TJ-MT - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 1007782-97.2019.8.11.0000 MT; dentre outros.

questionando sobre a impenhorabilidade do bem de família do fiador. No caso, há controversas presente no tema, conforme será abordado mais adiante, sendo ilustrada também na carência de efeitos *erga omnes* sobre o julgado que reconhece de forma incidental a inconstitucionalidade no provimento do RE 605.709, tendo em vista que não houve o desfecho da demanda que levou ao debate.

O fato a ser criticado é em ser favorável ou não à constrição do bem de família do fiador nos contratos de locação de imóvel comercial, uma vez que já resulta em diversas decisões díspares por tribunais de todo o país, conforme julgados observados na nota de rodapé ¹¹, salientando também a afetação ao direito fundamental à igualdade (isonomia), que será ponderado mais adiante.

Dessa forma, cumpre ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal provida no julgado RE 605.709, denota a evolução e mudança do Direito em nossa sociedade, assim dispõe em destaque o julgado que segue:

E M E N T A AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO EXECUTIVA DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – **CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL (ALUGUÉIS) – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DE FIADOR – NOVEL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 605709/SP)– DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. O entendimento exarado pelo STF no RE 605.709, embora não submetido à repercussão geral, prestigiando a evolução do Direito às mudanças ocorridas na sociedade, declarou que a previsão do art. 3º, VII, da Lei nº. 8.009/90, que permite a penhora de bem de família para satisfazer fiança concedida em contrato de locação, não abrange os contratos de locação comercial.** A decisão do STF não inviabiliza o recebimento do crédito, mas serve como baliza para racionalizar o processo de execução e pugnar pela aplicação dos direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção à família, de modo a proteger o bem de família de uma constrição e alienação forçada.

(TJ-MT - AI: 10077829720198110000 MT, Relator: ANTONIA SIQUEIRA GONCALVES, Data de Julgamento: 30/10/2019, Vice-Presidência, Data de Publicação: 28/02/2020) (*Grifo Nosso)

Sendo assim, considerando o julgado supracitado, salienta-se que o entendimento emanado na Suprema Corte permite a penhora de bem de família com a finalidade de satisfazer a fiança concedida em contrato de locação de imóvel residencial, não abrangendo os contratos de locação de imóvel comercial. Cumpre observar que no caso não inviabiliza a satisfação do crédito ao credor da obrigação, mas sim a valoração e proteção aos preceitos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a proteção do lar e da família.

CAPÍTULO III O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E SUA MITIGAÇÃO EM CONJUNTO COM OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO FIADOR PERANTE O CONTRATO DE LOCAÇÃO

Conforme é abordado na presente obra, a residência própria do fiador que comporta a família se depara no ordenamento jurídico como uma das exceções da impenhorabilidade do bem familiar, visto no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009 de 1990. O entendimento mais adepto pelos tribunais é a constitucionalidade do dispositivo quando houver a garantia da fiança em contrato de locação de imóvel residencial.

Ilustra-se a mitigação do princípio da isonomia sobre a questão, trazendo as seguintes indagações sobre a penhora do bem de família do fiador: por que considerar inconstitucional quando o objeto de locação for imóvel comercial e constitucional quando for residencial? Seria razoável dar o cumprimento da obrigação devida pelo devedor principal recorrendo a constrição judicial do imóvel considerado bem de família do fiador? Por que é possível a penhora do bem de família do fiador, uma vez que se o devedor principal da obrigação tenha um bem da mesma espécie, este terá o amparo legal da impenhorabilidade?

Dessa forma, dentre outras indagações que surgem nos estudos do tema, é válido colocar a possibilidade da penhora do bem de família do fiador a luz do princípio da isonomia, salientando que o Estado tem que agir de modo que haja o tratamento isonômico nas relações entre os particulares como um todo.

3.1 ASPECTOS GERAIS DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Acerca do princípio da isonomia (ou da igualdade) “o artigo 5º, caput, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” (LENZA, 2017, p. 1122), trazendo nesse mesmo escopo a aplicação do princípio nas relações que envolvem cada indivíduo. Sendo explicado por Pedro Lenza, que:

Deve se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*), mas, principalmente, a igualdade material.

Isso porque no *Estado social* ativo, efetivador dos direitos humanos, imagine-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquele apenas formalizada em face da lei. (LENZA, 2017, p.1123)

O referido princípio constitucional da igualdade trazido pela Carta Magna se depara na forma que o Estado deve tratar seus indivíduos, buscando assegurar o tratamento isonômico material nas relações sociais, políticas, tributárias, trabalhistas, cíveis, dentre outras. Vislumbrando o senso de tratamento justo à todos, ou seja, atender de forma igual os iguais e os desiguais na medida em que for a proporção da desigualdade perante os demais.

Dessa forma, sintetizando, o princípio da isonomia é trazido como um pilar fundamental das garantias e direitos individuais previsto na Constituição Federal de 1988, que impõe o dever de igualdade material, formal e jurídica nas aptidões e possibilidades das pessoas de gozar da aplicação, conservação e tratamento isonômico pela lei.

Diante do referido princípio, resta vedada a existência de distinções arbitrárias e absurdas da lei, que não atenda o caráter da igualdade material conforme o propósito resultante da interpretação dos valores e preceitos consagrados pela Constituição Federal, tendo por derradeira a finalidade de limitar o legislador em sua atuação e dos intérpretes da lei, tais como a administração pública e os particulares.

3.2 A VIOLAÇÃO DO PRÍNCÍPIO DA ISONOMIA NA PENHORA DO BEM DA FAMÍLIA DO FIADOR

Em razão do que já foi abordado na presente obra, cumpre ressaltar os pontos que demonstram a mitigação do princípio da isonomia na penhora do bem de família do fiador, seja pelos intérpretes da lei priorizarem outros preceitos constitucionais em detrimento do referido princípio, tais como o exercício da liberdade e autonomia do fiador para assumir obrigações, ou pela omissão do legislador em reconhecer e aplicar o tratamento igualitário ao elencar o rol de exceções da proteção legal do bem de família.

Ressalta-se que a questão que gera a problemática da presente obra se vislumbra no bem de família do fiador, que é trazido como uma das exceções da proteção de impenhorabilidade legal quando houver de ser penhorado para saldar a

obrigação decorrente de contrato de locação, sendo umas das ressalvas que ainda paira discussão, levando-se a questionar sua constitucionalidade, conforme explica Izabel de Melo e outros. Vejamos:

Esta exceção tem provocado muita discussão por parte dos estudiosos e indignação da população, pois a regra acima permite a penhora do bem do fiador, enquanto que, se o locatário tiver algum bem de família, continuará impenhorável. (MELO; JESUS; NETO, 2014, p. 1589)

Desse modo, a luz do princípio da isonomia, o tratamento do Estado nas relações entre os particulares, demonstra que o amparo do direito à moradia (artigo 6º da CF/88) não possui uma proteção isonômica, em vista que o disposto no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009 de 1990 preceitua que tão somente na obrigação locatícia, que há a garantia da fiança, estará sujeita a penhora o bem de família do fiador enquanto o mesmo nível de responsabilidade obrigacional não é exigido do locatário devedor principal da obrigação. Logo, há o tratamento de forma desigual do locatário com o fiador, embora as obrigações jurídicas se resultem da mesma causa.

Diante do julgado 407.688 investido de repercussão geral, conforme já pontuado no item 1.1.1.1, o Ex-Ministro Joaquim Barbosa no trecho do seu voto acerca do referido julgado, considera que há a expressa vontade do fiador em aceitar ser garantidor de contrato de locação ainda que o único imóvel residencial esteja sujeito a penhora, nesse caso, o indivíduo estaria exercendo o direito à liberdade. A questão é que havendo a inadimplência do contrato de locação, o direito à moradia do locatário ainda se encontrará protegido, enquanto o do fiador não, vez que este estaria exercendo “em sua mais pura expressão” o direito de liberdade, a de se obrigar-se contratualmente.

Seguindo, outro ponto que ventila a mitigação do princípio da isonomia está nas exceções da impenhorabilidade legal do bem de família, prevista no rol de incisos vigentes¹⁴ do artigo 3º da Lei 8.009 de 1990, onde a maioria dos dispositivos abordam,

¹⁴ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

como exceção da proteção legal do bem de família, obrigações de natureza *propter rem*, ou seja, “prestações que decorrem de direitos exercidos sobre coisas, (...) prestações compulsórias vinculada à propriedade (...)” (MELO; JESUS; NETO, 2014, p. 537).

Dito isso, é o caso do imóvel adquirido a partir de empréstimo contraído com instituição bancária, cobranças de impostos, taxas e contribuições do imóvel, a depender de sua natureza, a hipoteca, dentre outras situações previstas na Lei do Bem de Família, que, evidencia que quem amarga a possibilidade de penhora do bem é o próprio titular da obrigação ou à quem possua vínculo direto com essa.

A exceção da impenhorabilidade do bem de família recai até no caso da dívida decorrente de pensão alimentícia, previsto no inciso III do artigo 3º da lei, resguardando sempre os direitos do cônjuge e do devedor de alimentos quando coproprietários do imóvel.

Com isso, dentre as exceções legais da Lei 8.009 de 1990, resta questionar o caso do fiador ter seu bem de família sujeito a penhora para saldar dívida decorrente de contrato de locação, vez que o fiador se figura como um terceiro que não possui vínculo direto com a obrigação que se encontra garantindo, tendo em vista a natureza acessória do contrato de fiança. Também ressalta que em regra o garantidor não possui nenhum proveito econômico da obrigação locatícia. Logo, por que tornar penhorável o bem de família do fiador que não tem vínculo direto com a obrigação, mas não do locatário devedor principal da obrigação?! Nesse caso, não estaria havendo uma violação do princípio da isonomia? Nota-se evidentemente um tratamento desigual e desproporcional entre fiador e locatário quanto a sua responsabilidade patrimonial (fidejussória).

3.2.1 As controversas nas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da penhora do bem de família do fiador sob o viés do princípio da isonomia

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Acolhendo os julgados já exibido na obra, a respeito dos debates do Supremo Tribunal Federal acerca da validade da penhora do bem de família do fiador sob o prisma constitucional, faz-se necessário examinar os entendimentos sob a ótica do princípio da isonomia.

Recorre-se aos dois julgados trazidos na presente obra, sendo o primeiro o RE 407.688, que teve como relator Ministro Cezar Peluso, que, afirmou ser constitucional a penhora da residência que comporta a família do fiador no contrato de locação, estando em consonância a exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009 de 1990 com o direito à moradia preceituado pelo artigo 6º da Constituição Federal.

O entendimento jurisprudencial firmando no julgamento do RE 407.688 é utilizado como parâmetro em diversos julgados dos tribunais superiores sobre a discussão da penhora do bem de família do fiador, em que pese, acolhe especialmente a tese de que a constrição do imóvel residencial do fiador no contrato de locação de imóvel residencial é impecavelmente constitucional. Destaca-se que o entendimento se estendeu inabalado ao longo do tempo, tendo sido reafirmado em outras decisões sobre o mesmo tema.

Adiante de outro julgado, o RE 605.709, já pautado anteriormente, fez surgir novos questionamentos, no caso seria a validade da penhora do bem de família do fiador quando o contrato fosse de locação de imóvel comercial, no qual, resultou provido pela deliberação do Plenário no entendimento de ser inconstitucional a constrição.

Rechaça-se o posicionamento da Suprema Corte sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador decorrente de obrigação fundada em contrato de locação, vez que resguardou no primeiro momento o acesso ao direito à moradia para aqueles que necessitavam do contrato de locação para terem acesso a residência (no caso o locatário devedor principal da obrigação), não assegurando no mesmo sentido a moradia do fiador.

Também repulsa o entendimento por não ter declarado inconstitucional o dispositivo por estar violando ao princípio da isonomia em sua interpretação formal

jurídica, tendo em vista que na relação obrigacional só o bem de família do fiador é exceção, o devedor principal caso possua, não.

Retornando ao julgado RE 407.688 que surgiu no primeiro momento, ventila o entendimento de que não se aplicaria a proteção da impenhorabilidade ao bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel ainda que fosse comercial. Porém, conforme restou percebido ao analisar os demais julgados sobre a questão é que o fortalecimento das garantias exigidas pelos locatários, principalmente pelas imobiliárias, não viabilizaria estender a proteção ao direito à moradia, tendo em vista que o imóvel comercial locado não atende a finalidade de um lar, mas apenas à fins econômicos.

Sendo assim, a mitigação ao princípio da isonomia sobre ambos julgados se encontra fundada em favorecer o mercado imobiliário perante as locações de imóveis no viés de assegurar a atividade econômica. Todavia, considerar inconstitucional a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial e constitucional a constrição do mesmo bem quando a locação for residencial, denota na existência de um tratamento desigual sobre o mesmo tema, vez que assegura-se e protege o direito à moradia do locatário e não a do fiador em uma situação (locação residencial), já assegurando a moradia do fiador em outra situação (locação comercial) não tendo por violada a moradia do locatário em razão do objeto do contrato ser um imóvel que atende a fins comerciais.

Dito isso, a possibilidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel residencial demonstra que a decisão RE 407.688 padece de um vício quanto ao juízo de proporcionalidade e razoabilidade, considerando os meios que são atendidos para se atingir determinada finalidade.

Convém mencionar que de certa forma há uma renúncia da proteção ao direito fundamental de moradia em virtude do exercício do direito à liberdade exercida pelo fiador quando se dispõe a garantir contrato de locação, favorecendo a posição do locatário quanto a oferta do mercado imobiliário nas locações.

De fato, pode também resultar no alcance ainda maior ao exercício do direito à moradia pelos locatários que necessitam da garantia para locação residencial e que não tenha um bem imóvel para residir. Entretanto, mitigar o direito à moradia do fiador seria o meio razoável para proporcional este fim? De fato, não! Considerando a

falta do tratamento isonômico na responsabilidade patrimonial entre fiador e locatário, vez que se caso o locatário consiga adquirir um bem imóvel considerado de família ainda inadimplido com a obrigação decorrente do contrato de locação o bem terá o amparo legal, enquanto o do fiador ainda assim estará sujeito a penhora, conforme explica Pablo Stolze Gagliano:

Partindo-se da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica – o contrato de locação – não é justo que o garantidor responda com o seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário. Isto é, se o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia e comprar um único imóvel residencial, este seu bem será impenhorável, ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio bem de família perante o locador que não foi pago. (GAGLIANO, 2011, p. 402).

Como forma de complementar o entendimento, atentamos às disparidades dos julgados do Supremo Tribunal Federal e a mitigação ao princípio da isonomia, abordando novamente o RE 605.709 (Locação comercial), destacando trechos de sua ementa. Vejamos:

(...)A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 26/2000

A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. **Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia.** Premissas fáticas distintivas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, **restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial.** (...)

(RE 605709, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 15-02-2019 PUBLIC 18-02-2019) (*Grifo nosso)

Com isso, finda na controversa do posicionamento da Suprema Corte, verifica-se que neste segundo momento discute sobre a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel comercial, entender na inconstitucionalidade da constrição do imóvel que comporta a família do fiador. Sendo

assimilado o entendimento com a garantia da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia do garantidor.

Esse segundo entendimento, conforme abordado anteriormente, não foi prosperado quando a locação for residencial de acordo com o julgado do primeiro momento (RE 607.688), permanecendo o posicionamento de que não há afronta ao direito à moradia na penhora do bem de família do fiador, diante do exercício do direito à liberdade quando o fiador assume a garantia de locação residencial e também pelo fato da norma ser expressa quanto à exceção da impenhorabilidade.

Sendo assim, reafirma-se que a válvula que autoriza o Estado a tornar penhorável o bem de família se encontra aberta no caso do fiador, quando somente o objeto do contrato da locação garantido for imóvel residencial, aonde incorrerá uma responsabilidade patrimonial mais onerosa em face desse garantidor do que para o próprio locatário.

3.3 PANORAMA GERAL QUANTO A PROTEÇÃO DA MORADIA SOBRE O ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA ESSENCIALIDADE NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Considerando que o fiador em determinada situação possa ter o bem de família compelido a saldar a dívida oriunda de contrato de locação, conforme já observado, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento diante dos contornos conferido pelo ordenamento jurídico sobre a penhora do imóvel único habitacional do garantidor, conflitando o direito à moradia com o direito à liberdade do indivíduo. Passamos assim a observar tal situação do ponto de vista do direito internacional material sobre o tema.

A proteção da moradia como direito social de segunda dimensão já possui status de direito fundamental tratados internacionais, podendo ser vista na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 no trecho do artigo 25, a qual aduz que: *“toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficientemente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao*

*alojamento, (...)*¹⁵ o que reforça o entendimento da Teoria do Patrimônio Mínimo, que preceitua o mínimo existencial para que o indivíduo possa viver com dignidade.

Vemos também no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁶ em que o Brasil faz parte desde 1992, possuindo o dever do Estado em assegurar e proteger a moradia, dispondo que:

Art. 11 Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Apontado o posicionamento sobre o direito à moradia ajustado no Direito Internacional, resta evidenciado também a proteção prevista na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, atendendo conjuntamente ao princípio da isonomia, buscando um tratamento igualitário entre os indivíduos que compõe uma sociedade. Vejamos:

Artigo V De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:
(...)
iii) direito à habitação; (...)

Cabe destacar também os reflexos da proteção ao direito à moradia em outras Convenções Internacionais, que de certa forma fazem referência à moradia quando reforçam a obrigação de cada Estado membro na busca da efetivação deste Direito Humano, tais como, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989.

Complementando, trazemos a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) que foi atendida por vários países

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, artigo XXV.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966.

americanos, inclusive o Brasil, Convenção essa realizada com a finalidade de resguardar principalmente a dignidade da pessoa humana, ao qual os Estados membros se comprometeram a concretizar progressivamente os direitos primordiais de uma sociedade, relacionando com os direitos econômicos, culturais e sociais através da execução de políticas públicas que utilizem de todos os recursos disponíveis para assegurar a dignidade da pessoa humana.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos aborda a proteção da honra e da dignidade em seu artigo 11, vedando de forma expressa as interferências abusivas e arbitrárias na vida privada de cada indivíduo, abrangendo neste ponto o domicílio. Importante ainda ressaltar que a mencionada Convenção norteia o reconhecimento do direito à proteção legal contra tais interferências do Estado, em que pese faz referência expressamente ao direito à propriedade na convenção, especialmente no trecho do artigo 21, aduzindo que *“nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecida pela lei¹⁷”*.

De toda forma, conforme supracitado, o direito à moradia passa a ser materializado nos tratados e instrumentos internacionais, adentrando ao ordenamento jurídico interno com status de norma constitucional, com a inclusão do referido direito de forma expressa com a promulgação da Emenda 26 de 2000. A alteração feita na redação do artigo 6º, que dispõe sobre os direitos sociais, acrescentou a moradia ao rol dos direitos a serem assegurados e protegidos pelo Estado, reforçando a recepção da Lei 8.009 de 1990 quanto a proteção legal ao bem de família.

3.3.1 A dignidade da pessoa humana na proteção da moradia

Acerca do amparo legal sobre o direito à moradia, verifica-se na essencialidade do bem como forma de alcançar a dignidade da pessoa humana, conforme já explicado inicialmente, quando o Estado assume o dever de assegurar o bem de família, resultando no reconhecimento de afetação do imóvel único e residencial à um destino especial.

¹⁷ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – Pacto San José da Costa Rica, 1969, artigo 21.

Logo, a proteção do bem de família abordada inicialmente busca trazer efetivação ao direito à moradia, que também se adequa ao propósito do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Carta Magna de 1988, que em seu artigo inicial, inciso III, resguarda a dignidade de toda e qualquer pessoa humana na sociedade brasileira.

Nessa esteira, Pedro Lenza explica que:

A dignidade da pessoa humana: regra matriz dos direitos fundamentais, (...) pode ser bem definido como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá as necessárias soluções de conflitos. (LENZA, p. 1471)

Complementando, verifica-se a essencialidade da dignidade da pessoa humana, devendo priorizá-la quando houver conflitos de direitos e deveres. No mesmo sentido, trazemos os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet em sua obra “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais”. Vejamos:

Temos por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2009. p. 35.)

Sendo assim, nota-se que o indivíduo não tem sua dignidade afetada apenas quando sua liberdade é violada, mas sim quando é privado de demais itens primordiais à sua sobrevivência humana digna, como a alimentação, saúde, moradia, educação e segurança, vislumbrando a essência da teoria do patrimônio mínimo.

Destaca-se que por ser um dos fundamentos da República, a dignidade humana é considerada um princípio fundamental e como tal, serve de diretriz ao ordenamento jurídico vigente.

Ocorre que a proteção da dignidade da pessoa humana é prevista no rol dos Direitos Fundamentais, compondo um dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana também incorpora os Direitos Humanos, direitos esses que estão positivados no âmbito do Direito

Internacional, em especial, foi instituído com advento da Declaração Universal de Direitos Humano de 1948.

Isto posto, sobre a dignidade da pessoa humana, compete demonstrar que o amparo ao direito à moradia é uma forma de se efetivar o propósito do referido princípio, restando claro que permitir que seja penhorado o bem de família do fiador como forma de saldar o débito oriundo do contrato de locação de imóvel residencial, retrata o desrespeito quanto à dignidade humana do indivíduo que suporta a oneração obrigacional, principalmente no que tange ao direito de moradia.

Deste modo, finalizando o tema em análise, é possível constatar que a possibilidade de incidência da penhora sobre o bem de família do fiador é inconstitucional e que mesmo que o Supremo Tribunal Federal entenda ser constitucional quando o objeto do contrato for imóvel residencial, a inconstitucionalidade se vislumbra na violação de preceitos e princípios constitucionais, principalmente quando se trata da isonomia, dignidade e moradia do fiador.

Posto isso, pelo fato da constrição do bem de família do fiador ser extremamente excessiva, conclui-se que viola a dignidade não apenas deste, mas de todos aqueles integrantes da família que sobrevivem no lar considerado bem de família e que se encontra sujeito a penhora para saldar a dívida de terceiro.

CONCLUSÃO

Ao que foi exposto na presente obra, ponderando os aspectos cíveis, processuais e principalmente constitucionais diante da penhora do bem de família do fiador, é possível tecer algumas considerações.

Considerando a extensa proteção do bem de família previsto na legislação e no entendimento dos tribunais, realmente faz questionar a possibilidade da penhora do bem de família de um terceiro que não possui vínculo direto com o fato gerador da obrigação, como forma de saldar uma dívida que, em regra, não lhe trouxe nenhum proveito.

A penhora do bem de família do fiador é um tema que possui grande insegurança jurídica, em que pese o STF já ter batido o martelo com efeito de repercussão geral quanto ao julgado RE 407.688, o entendimento em si não é pacífico, tendo inclusive, votos no sentido oposto do que foi decidido, ou seja, que seria inconstitucional a penhora do bem de família do fiador.

A divergência insurge perante o posicionamento dos juristas nas literaturas, não obstante que a maior parte entende pela inconstitucionalidade da penhora do bem de família do garantidor e também pela própria insegurança jurídica propriamente dita dos tribunais sobre o tema, tendo em vista que o julgado RE 605.709 que ainda está em trâmite, ter se posicionado na inconstitucionalidade quando a locação for comercial.

A incerteza jurídica existente sobre a possibilidade de penhora do bem de família do fiador resulta na exigibilidade do mercado imobiliário sobre as garantias das locações. Sendo assim, em vista da existente instabilidade da Suprema Corte sobre o assunto, assevera que a qualquer momento pode ocorrer uma reviravolta e entender que a penhora do bem de família do fiador em ambas as locações, sejam elas comerciais ou residenciais, possa ser considerada constitucional ou não, tudo pode acontecer, a qualquer momento.

Porém esses não são os únicos julgados dispondo sobre a aplicação da referida exceção da impenhorabilidade do bem de família, tendo outros julgados que atende a validade da norma e outros não. O que se considera de fato é que o bem de

família do fiador até o presente momento ser passível de constrição judicial como forma de saldar a dívida firmado pelo locatário no contrato de locação.

De certa forma, há de se reconhecer que o ato do fiador em assumir com o encargo do contrato de fiança ser manifestamente o exercício do direito de liberdade para praticar atos cíveis, no mesmo sentido, compreende que o mercado imobiliário de locações necessita de uma garantia que assegure o negócio jurídico.

Ocorre que tais locadores possuem ao seu favor um importante dispositivo que garante os seus créditos: a penhorabilidade do bem de família do fiador. Porém, esses possuem outra peculiaridade que é o conhecimento da aplicação de tal constrição, usando como proveito a ignorância do garantidor sobre o nível de responsabilidade patrimonial que se encontra assumindo. Sendo nítido que se caso os fiadores tivessem inteira ciência quanto ao nível de submissão e responsabilidade da fiança, não estariam dispostos a garantir a obrigação pactuada pelo locatário com o locador.

De tal modo, é possível visualizar a existente inconstitucionalidade sobre a penhora do bem de família do fiador, tendo em vista que há a violação do princípio da isonomia pelo fato de só o fiador amargar a extrema onerosidade causada pela constrição do único imóvel residencial. Ou seja, na relação obrigacional que ambos estão envolvidos, a exceção da impenhorabilidade do bem familiar afeta tão somente o garantidor.

Logo, ressalta que a penhora do bem de família do fiador não atinge apenas o direito de moradia e dignidade deste, mas de todos aqueles que necessitam do lar que porventura é penhorado para saldar a dívida de um terceiro.

Considera também o fato de que mesmo que o fiador tenha o direito de regresso em face do locatário, o que resta é apenas uma mera expectativa de receber algo deste, vez que se o locatário não conseguiu cumprir com a dívida principal é um resultado de que não possui condições financeira e nem patrimônio disponível, logo, não terá condições de ressarcir o prejuízo amargado pelo fiador.

Fala-se em patrimônio disponível do locatário, uma vez que se tiver um bem considerado de família, terá o amparo legal da Lei 8.009 de 1990, não podendo ser penhorado para saldar a dívida.

Diante de tais considerações, conclui-se que de fato os locadores têm total legitimidade em exigir o recebimento do crédito, porém deve haver uma exigibilidade que atendam alternativas que não violem o direito de moradia do fiador e que no mesmo sentido assegurem o mercado imobiliário de locações.

Uma opção que seria eficaz em conter a injustiça que é a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, seria que para figurar como garantidor, fosse necessário a comprovação de outra propriedade além do bem de família que já possui. Sendo assim, o fiador de fato responderia pela obrigação afiançada, porém não teria por violado direito constitucional de moradia.

Por fim, cabe ainda atentar a literalidade do dispositivo que autoriza a constrição do bem de família do fiador, sendo necessário que o legislador reformule a redação do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009 de 1990 a fim de resguardar o tratamento isonômico entre fiador e locatário e equipará-los quanto ao nível de sujeição da responsabilidade obrigacional. Ou por último caso, que seja no reconhecimento da inconstitucionalidade e assim revogue o inciso como forma de assegurar plenamente os íntegros princípios e preceitos constitucionais defendido neste projeto, bem como os demais direitos e premissas legais.

REFERÊNCIAS

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm - Acesso em 10 de abril de 2020.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm - Acesso em: 04 de abril de 2020.
- <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5147/false> - Acesso em 15 de abril de 2020.
- <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3793360> – Acesso 20 de agosto de 2020.
- https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300732440&dt_publicacao=18/12/2019 - Acesso em 15 julho de 2020.
- <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/> - Último acesso em 23 de setembro de 2020.
- <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/> - Último acesso em 28 de agosto de 2020.
- <http://old.secovi.com.br/files/Arquivos/pl-tabelas-graficos-abril-2013-a.pdf> - Acesso em 13 de julho de 2020.
- <https://revista.zapimoveis.com.br/fianca-e-garantia-escolhida-por-imobiliarias-e-proprietarios-em-metade-das-locacoes-4581165-sc/> - Acesso em 21 de julho de 2020.
- https://www.conjur.com.br/2007-mai-28/decisoes_tribunais_locacoes_favorecem_fiador?pagina=2 – Acesso em 23 de julho de 2020.
- https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=CjwKCAjwNf6BRAwEiwAkt6UQgPQzGVeBMJpk_yoj0-xT02bJ_HqcXMglcYKea_rqv3vvQkPr0ztsQxoC0VsQAvD_BwE – Acesso em 07 de setembro de 2020.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm – Acesso em 07 de setembro de 2020.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm – Acesso em 07 de setembro de 2020.
- MELO, JESUS E ASSIS NETO, Maria Izabel, Marcelo e Sebastião. **Manual de Direito Civil**. 2º ed. Salvador; JusPODIVM, volume único, 2014.

NADER, Paulo, Curso de direito civil, v. 5: **direito de família** / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze, Novo Curso de Direito Civil, v. VI: **Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**, 21 ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

NADER, Paulo, **Curso de direito civil, volume 1: parte geral** / Paulo Nader – 11.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Forense: 2002, 2v.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. São Paulo: Método, v. 3, 2017.

LIVRAMENTO, Geraldo, **Execução no novo CPC**, 3^o ed., LEME: JH Mizuno, 2018.

Curso de direito civil, volume 3: **contratos** / Paulo Nader. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, 2001. In: BITTAR, Eduardo C. B. (coord.). **Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão**. Rio de Janeiro: Forense universitária; São Paulo: ANDHEP, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009. p. 35.

ANEXO I

LEI Nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990.

[Conversão da Medida Provisória nº 143, de 1990](#)

Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Faço saber que o **PRESIDENTE DA REPÚBLICA** adotou a Medida Provisória nº 143, de 1990, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, NELSON CARNEIRO, Presidente do Senado Federal, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte lei:

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 e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

~~I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;~~ [\(Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015\)](#)

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; [\(Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015\)](#)

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

[\(Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991\)](#)

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do [art. 5º, inciso XXVI, da Constituição](#), à área limitada como pequena propriedade rural.

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do [art. 70 do Código Civil](#).

Art. 6º São canceladas as execuções suspensas pela [Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990](#), que deu origem a esta lei.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, 29 de março de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

NELSON CARNEIRO