

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL APLICADA AO INSTITUTO DA
(IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DECORRENTE DE
FIANÇA LOCATÍCIA**

ALEXANDRA GENEROSO PEYROTON

Rio de Janeiro
2020/ 1º semestre

ALEXANDRA GENEROSO PEYROTON

**A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL APLICADA AO INSTITUTO DA
(IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DECORRENTE DE
FIANÇA LOCATÍCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora MSc. Juliana de Sousa Gomes Lage**

Rio de Janeiro
2020 / 1º semestre

ALEXANDRA GENEROSO PEYROTON

**A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL APLICADA AO INSTITUTO DA
(IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DECORRENTE DE FIANÇA
LOCATÍCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **MSc. Juliana de Sousa Gomes Lage**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Juliana de Sousa Gomes Lage

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2020 / 1º semestre

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

P516f Peyroton, Alexandra Generoso
A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL APLICADA AO INSTITUTO
DA (IM) PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DECORRENTE
DE FIANÇA LOCATÍCIA / Alexandra Generoso Peyroton.
- Rio de Janeiro, 2020.
65 f.

Orientadora: Juliana de Sousa Gomes Lage.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Fiança. 2. Impenhorabilidade. 3. Bem de
família. 4. Filtragem constitucional. 5. Locação. I.
Lage, Juliana de Sousa Gomes, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

RESUMO

A irradiação das normas constantes da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma ótica através da qual são analisadas disposições infraconstitucionais sob vieses garantidores de direitos fundamentais, neles inseridos os direitos sociais, mormente o direito à moradia, incluído pela EC 26/2000. Como consolidação deste direito, o legislador instituiu a Lei 8.009/90, dispondo acerca da impenhorabilidade do bem de família, consolidando a teoria do patrimônio mínimo existencial. Contudo, a impenhorabilidade a que se refere não é oponível à obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, o que vai de encontro à essência da própria lei, principalmente pela natureza acessória da fiança locatícia. O presente trabalho, portanto, pretende analisar como tal conflito é abordado nas jurisprudências e doutrina brasileiras, substancialmente no tocante aos Tribunais Superiores. Reveste-se, outrossim, de grande repercussão o tema analisado, porquanto a irradiação temática não se circunscreve a uma mera contingência social, mas a uma realidade fática brasileira relativa a quem se propõe a prestar-se como fiador, no sentido de haver, atualmente, a real possibilidade de perda de seu único bem residencial, resvalando em consequências absolutamente contrárias à filtragem constitucional a partir da qual o Estado Democrático de Direito se consolida, se legitima e se (re)constrói, paulatinamente.

Palavras-chave: Impenhorabilidade. Bem de família. Fiador. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The irradiation of the norms contained in the Federal Constitution of 1988 inaugurated a perspective through which infraconstitutional provisions are analyzed under fundamental rights biases, including social rights, especially the right to housing, included by EC 26/2000. As a consolidation of this right, the legislature instituted by Law 8.009/90, providing for the restraint of guarantee of the homestead allowance, consolidates the theory of minimum existential patrimony. However, the imputability to which it refers cannot be opposed to the obligation arising from a guarantee given in a lease agreement, which is contrary to the essence of the law itself, especially by the ancillary nature of the lease agreement. The present paper, therefore, intends to analyze how such conflict is approached in Brazilian jurisprudence and doctrine, substantially in relation to the Superior Courts. Moreover, the theme analyzed is of great repercussion, since the thematic irradiation is not limited to mere social contingency, but to a Brazilian factual reality relative to those who propose to provide themselves as guarantor, in the sense that there is currently, the real possibility of loss of its only residential property, slipping into consequences absolutely contrary to the constitutional filtering from which the Democratic Rule of Law consolidates, legitimates itself and (re)builds itself gradually.

Keywords: Restraint of guarantee. Homestead exemption. Guarantor. Inconstitucionality.

AUTORIZAÇÃO

Eu, ALEXANDRA GENEROSO PEYROTON, DRE 115151142, NÃO AUTORIZO a Faculdade de Direito da UFRJ a divulgar total ou parcialmente a presente Monografia através de meios eletrônicos.

Rio de Janeiro, 21 de outubro de 2020.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I - DA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL E DOS PRINCÍPIOS PERTINENTES	13
1.1 Direito Civil-Constitucional	13
1.2 Princípio da isonomia	16
1.3 Princípio da função social dos contratos	18
1.4 Filtragem constitucional propriamente dita	20
II - DO CONTRATO DE LOCAÇÃO E DA FIANÇA	25
2.1 Teoria geral dos contratos.....	25
2.2 Do contrato de locação	27
2.3 Da fiança.....	31
2.3.1 Acessoriedade da fiança	35
III - DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA	37
3.1 O bem de família	37
3.2 (Im)penhorabilidade do bem de família quanto ao fiador	41
IV - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PROBLEMÁTICA	44
4.1 Recurso Extraordinário 407.688/SP	46
4.1.1 Análise dos votos favoráveis à penhorabilidade.....	47
4.1.1.1 Voto do min. Cezar Peluso	47
4.1.1.2 Voto do min. Joaquim Barbosa	48
4.1.1.3 Voto do Min. Gilmar Mendes	48
4.1.1.4 Voto da Mina. Ellen Gracie	49
4.1.1.5 Voto do Min. Marco Aurélio.....	49
4.1.1.6 Voto do Min. Sepúlveda Pertence	49
4.1.1.7 Voto do Min. Nelson Jobim	50
4.1.2 Análise dos votos desfavoráveis à penhorabilidade	50
4.1.2.1 Voto do Min. Eros Grau	50
4.1.2.2 Voto do Min. Carlos Ayres Britto	51
4.1.2.3 Voto do Min. Celso de Melo	51
4.2 Recurso Extraordinário 612.360/SP	53
4.3 Recurso Extraordinário 605.709/SP	53
4.3.2 Análise dos votos desfavoráveis à penhorabilidade	57

4.3.2.2 Voto do Min. Marco Aurélio.....	57
4.3.2.3 Voto do Min. Luiz Fux.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

O Direito Civil-Constitucional possui, como uma de suas premissas basilares, a proteção do "mínimo existencial" na proteção do Estado Democrático de Direito, encontrando amparo no princípio da dignidade humana. Um dos instrumentos para concretizar este instituto jurídico é a Lei nº 8.009/1990, que instituiu a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar por qualquer dívida ("bem de família").

A lei propõe-se a proteger imóvel residencial do "casal" ou da "entidade familiar", nos termos do art. 5º da Lei acima referida. A CF/88 ampliou o conceito de entidade familiar, para abranger, inclusive, a família monoparental e a união estável. Este entendimento foi consolidado através de súmula do STJ, de n. 364: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

Revela, outrossim, estranheza uma das exceções a que esta Lei se refere: é penhorável, todavia, o imóvel do fiador em contrato de locação, lícita por força do artigo 3º, inciso VII, inserido pela Lei nº 8.245/1991 ("Lei de Locações"). Tem-se, portanto, que a impenhorabilidade do bem de família não é oponível se movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

O tema, como esperado, é absolutamente controverso: como resguardar o patrimônio do devedor principal, através do instituto do bem de família, mas excluí-lo quanto ao contrato acessório, qual seja, fiança, de modo a olvidar a tutela do patrimônio mínimo do fiador? Sabe-se que a responsabilidade do fiador é subsidiária, pela própria acessoriedade da garantia. Por isso, em seu favor, conta com o benefício de ordem ou de excussão, detendo a prerrogativa de exigir, pela via da exceção, caso demandado, que primeiro sejam executados os bens do devedor (art. 827, Código Civil).

Consoante Eliane (2002), destaque que não há "fundamentos para que sejam tratados de forma diversa pelo legislador, o que vem ocorrendo, uma vez que o locatário não perderá seu bem de família pela sua própria dívida, mas o seu fiador sim". Sob a mesma ótica, Sérgio (2000), em artigo dedicado à matéria, relata ser "inconstitucional, pois trata de forma diversa duas obrigações

que têm o mesmo fundamento, quais sejam, a obrigação do fiador e a do locatário, podendo-se mesmo considerar iguais ambas as obrigações, contrariando desta forma a isonomia prevista no caput do art. 5º da CF".

No mesmo sentido de inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2016) relatam ser impositivo ao magistrado reconhecer, inclusive de ofício, a inconstitucionalidade do dispositivo legal, declarando incompatível com o sistema de proteção avançada da pessoa humana a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador porque afronta a isonomia constitucional, bem como ignora o direito social à moradia.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, em sua jurisprudência, julga de modo oposto, entendendo ser compatível com a Constituição a penhorabilidade do bem de família do fiador, sob o argumento de que, com esta possibilidade, o acesso à habitação restaria arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, como a fiança bancária (STF, Ac. Plenário, RE 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8.2.06). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 549, afirmando ser válida a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

Saliente-se que, embora a doutrina majoritária proponha pela inconstitucionalidade de tal impenhorabilidade, consoante Cavalcante (2019), em 2012, o STJ, inclusive, julgou ser possível a penhora do bem de família de fiador de contrato de locação, mesmo quando pactuado antes da vigência da Lei nº 8.245/91, que alterou o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, o que fere abruptamente o princípio da segurança jurídica em relação às situações anteriormente consolidadas.

Situação distinta dos Tribunais, porém, é no tocante ao bem de família do fiador no caso de contratos de locação comercial, uma vez que, conforme STF, "Não é penhorável o bem de família do fiador no caso de contratos de locação comercial". Em outras palavras, não é possível a penhora de bem de família do fiador em contexto de locação comercial (STF. 1ª Turma. RE 605709/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ ac. Min. Rosa Weber, julgado em 12/6/2018 - Info 906).

Nesse contexto, infelizmente, tem-se legítima a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. Isto porque o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, afirma que a impenhorabilidade do bem de família não se aplica no caso de dívidas do fiador decorrentes do contrato de locação. Malgrado a doutrina seja absolutamente contrária à disposição, o STF, em RE 407.688/SP, decidiu que este dispositivo não viola o direito à moradia, sendo, portanto, constitucional.

No entanto, a existência de firme divergência (entre a posição do Supremo Tribunal Federal e a doutrina) evidencia que o tema ainda é controverso, faltando-lhe legitimidade no campo acadêmico e respaldo doutrinário para ratificar as decisões tomadas pelos Tribunais Superiores, estas sob argumentos, na maior parte das vezes, rasos e desprovidos de motivação concreta.

I - DA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL E DOS PRINCÍPIOS PERTINENTES

1.1 Direito Civil-Constitucional

A leitura do direito civil à luz das normas constitucionais nem sempre se fez presente. Patrimonialismo e individualismo andavam *pari passu* com o Direito Civil durante a Revolução Francesa e demais revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX. Predominava, portanto, a valorização das liberdades individuais, com o fito de garantir a ordem sob o aspecto unitário - e não social.

A metodologia civil constitucional, em verdade, veio à lume quando da Europa pós-guerra, momento em que novas Constituições foram editadas, a fim de repensar certos valores e reforçá-los, modificando a ideologia egoísta d'outrora, em uma tentativa de incorporar, nestes Documentos, o social, o coletivo e o humano. A preocupação em relação ao "ser", ao sujeito, às relações que circundam o atual Estado Democrático de Direito, e não meramente ao "ter" e aos bens, culminou numa ótica mais humanitária, razão pela qual se espraiou, através das Constituições, a relevância - sem possibilidade de retrocessão - da dignidade da pessoa humana, verdadeiro espectro por meio do qual se irradia qualquer norma minimamente razoável.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald reiteram o caráter solidário desta metodologia, ao dizer que:

A expressão Direito Civil Constitucional quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categoriais jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categoriais jurídicas civis e não apenas impondo limites externos.¹

Através da constitucionalização, percebe-se o término da anterior e estanque dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, divisão esta que não há, no contexto atual, razão de ser. E não merece prosperar por razões diversas, a começar pelo fato de que o Direito é uno, ciência

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

sistemática a ser interconectada, dialogada, entrelaçada em seus diversos institutos, sejam civis, constitucionais, trabalhistas, previdenciários. As relações jurídicas estão permeadas por um tecido único e a interdisciplinariedade, que não se confunde com a falta de autonomia de cada disciplina e não a atenua, deve ser encarada de modo positivo, a fim de reinar a harmonia entre os diversos saberes jurídicos. Demais disso, a Constituição centraliza princípios que resvalam para âmbitos públicos e privados. O Estado, responsável por garantir a ordem e o equilíbrio das relações por meio de um mínimo existencial, não reconhece outro fator senão o da conexão entre os Direitos, de modo que há evidente publicização do Direito Privado, o que, repita-se, não retira suas características peculiares - que não só podem, como devem ser levadas em consideração.

Com o Direito Civil sob a ótica da Constituição Federal, mormente a analítica de 1988, diversos princípios constitucionais se tornaram verdadeiros norteadores de relações jurídicas, como o princípio da boa-fé, princípio da isonomia e princípio da função social do contrato.

O princípio da boa-fé (objetiva) se refere ao estabelecimento de um padrão ético de conduta para as partes, ecoando por todo o ordenamento jurídico. Tal princípio está expressamente contemplado pelo Código Civil de 2002, resvalando a imperiosidade de atuar, nas relações, com honestidade, lealdade e probidade. Importante assinalar que há diferenciação quanto à boa-fé subjetiva, está configurada como o estado de consciência de o sujeito estar agindo nos conformes jurídicos.

Já o princípio da isonomia (sob a ótica da isonomia material) e o princípio da função social do contrato serão detalhados de forma minuciosa neste capítulo, porquanto absolutamente pertinentes ao tema discutido, qual seja, a (im)penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação.

Cumprе salientar que tais princípios não são aplicáveis tão somente no caso prático, como também foram e são balizadores de normas, influenciando - como ocorreu quanto ao Código Civil de 2002 e ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, dentre diversos outros - em cada artigo legislado, a fim de realizar uma (re)personalização do Direito, a partir da qual incidem valores impagáveis e inapagáveis: verdadeira conquista do Direito da qual não se pode abrir mão.

A irradiação das normas constitucionais às infraconstitucionais provém da supremacia da Constituição. Segundo José Afonso da Silva, entende-se que "A Constituição se coloca no vértice no sistema jurídico do país [...] e que todos os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela, a Constituição, os reconheça e seja por ela distribuídos".

Nesse sentido, Canotilho contribui: Os preceitos ou normas (regras e princípios), que integram a Constituição, encontram-se num grau hierarquicamente superior em face de todas as demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.²

Por isso, as normas que integram o ordenamento jurídico só possuirão validade se confrontadas com a Constituição e com ela sejam compatíveis. A isto se denomina o controle de constitucionalidade, a fim de filtrar normas infraconstitucionais que se filiem aos princípios dispostos na Carta Magna, e os que não são conciliáveis com a mesma, de forma que estes sejam declarados inconstitucionais, sendo afastados de aplicação pelo Direito.

A pertinência de mencionar, aqui, a supremacia da Constituição frente às normas infraconstitucionais é de extrema relevância, uma vez que determinará o modo pelo qual se tolerará certa relação, mormente pelo fato de haver balizas principiológicas que, por conta da necessidade de suas materializações e efetivações, resvalam para o campo civilístico não somente em sua Parte Geral, mas também no Direito das Obrigações, no Direito Contratual, no Direito das Coisas, no Direito de Família, e no Direito Sucessório. Por isso, e de modo brilhante, Daniel Sarmiento reconhece a imprescindibilidade da constitucionalização no campo do Direito Civil, ao expor que:

A sociedade brasileira é profundamente injusta, e as relações privadas que nela se travam são permeadas pela assimetria e opressão. A violação dos direitos humanos, neste quadro, não provém apenas do Estado e dos seus agentes, mas de múltiplos atores, presentes em cenários variados como a família, a empresa, o mercado e a sociedade civil. Neste contexto, postular a constitucionalização do Direito Privado implica em apostar na Constituição como um poderoso instrumento de emancipação dos hipossuficientes nas relações sociais. Defender a plena normatividade dos princípios constitucionais bem como a possibilidade de que os mesmos se projetem sobre Direito Privado, é pugnar pela

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, 2007, p.92.

humanização das relações privadas e submissão das mesmas a tábua de valores inscrita na Constituição, que se centra na proteção e promoção da dignidade humana.³

1.2 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, revestido sob o escopo de realizar justiça, está previsto no art. 5º, caput, da CF/88: "Todos são iguais perante a Lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)"⁴

Todos são iguais perante a Lei. O que significa a igualdade perante o ordenamento jurídico? Em tese, não é admitida qualquer discriminação entre os seres humanos, trazendo, inclusive, o art. 3º, CF/88, como um dos objetivos da República a redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos discriminatórios (de origem, raça, sexo, cor, idade, ou outras formas).

No entanto, infelizmente, o cotidiano não faz jus ao princípio positivado em sua Carta Magna. "Todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais que outros", retirado do livro "A Revolução dos Bichos", sob autoria de George Orwell, é uma célebre e realista frase a respeito de como o princípio da isonomia se materializa no Brasil, malgrado a tentativa positiva da Constituição em incorporá-lo ao ordenamento jurídico.

Por razões históricas e culturais, Daniel Sarmento explica o latente na sociedade brasileira quanto ao princípio da isonomia em verdadeiro *a contrario sensu*:

Afinal, o Brasil tem níveis de desigualdade social absurdos e inaceitáveis. Entre nós, a desigualdade tem também forte componente racial, resultado não só de quase quatro séculos de escravidão negra e do genocídio indígena, como também da persistência do racismo nas nossas relações sociais. E a desigualdade ainda atinge gravemente a outros grupos, diante da existência de discriminação social fundada em critérios como gênero,

³ SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. In: **Revista da Emerj**, v. 6, n. 23, p. 271-297, 2003.

⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

deficiência, orientação sexual e religião. A desigualdade no Brasil não é apenas material. Nem mesmo a igualdade formal, que se alicerça na compreensão de que as pessoas devem ter os mesmos direitos, chegou a ser plenamente absorvida pela nossa cultura. Esta ainda se vale, por vezes, de categorias estamentais para a distribuição de direitos e deveres, se não na letra da lei, pelo menos no mundo real.⁵

Como salientou Jessé de Souza, “para que haja eficácia da regra da igualdade é necessário que a percepção da igualdade na dimensão da vida cotidiana seja efetivamente internalizada”, o que ainda não ocorre plenamente entre nós.

No entanto, tal princípio não deve ser compreendido como algo inócuo. É de essencial importância que haja a incorporação de valores, objetivos e metas, embora não possuam integral efetividade no plano concreto. A presença do princípio da isonomia no ordenamento constitucional não é, de fato, suficiente para subitamente reverter situações injustas e fazer existir tão somente situações sob o manto da igualdade, sendo, porém, e inevitavelmente, um início para a evolução - não só jurídica, mas na consciência de cada indivíduo.

Relate-se que o princípio constitucional da isonomia, exposto no artigo 5º, da CF/88, é norma de eficácia plena, é dizer, independe de norma a regulamentá-lo, uma vez que possui, desde sua edição, aplicabilidade imediata.

Distingue-se, também, a igualdade formal da material (ou substancial). Célebre é a noção de igualdade material, consagrada pelo brilhante Rui Barbosa, ao lembrar que a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdades a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real."

Conforme trecho da ementa do julgamento pelo STF da ADI 3330:

[...] Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida

⁵ SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. In: **Revista da Emerj**, v. 6, n. 23, p. 271-297, 2003.

em que se igualement; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem . [...] ⁶

Neste sentido, as discriminações havidas na Carta Magna, desde que possuam o propósito de reduzir a desigualdade substancial, são essenciais para o caminho da igualdade real. Não só na Constituição, mas também em dispositivos infraconstitucionais. Assim, "os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado" ⁷

Além disso, a igualdade deve ser considerada em sentido negativo, como o direito de não ser discriminado, mas também em um sentido positivo, qual seja, o de ter o máximo de oportunidades possíveis, tal como o seu próximo. Este é o debate que, inclusive, fomenta e legitima a existência temporária de ações afirmativas, a corrigir distorções históricas.

1.3 Princípio da função social dos contratos

A teoria contratual clássica era conhecida por erigir a autonomia da vontade à condição principal em sua acepção. A liberdade contratual ("freedom from contract") e a intangibilidade do contratado ("pacta sunt servanda") eram os elementos pelos quais se legitimava a obrigatoriedade dos efeitos contratuais. Significava, portanto, absoluta desnecessidade de intervenção estatal ou de outros parâmetros coletivos, uma vez que, presentes os elementos que validavam a vontade das partes, não havia razão pela qual se imiscuir em negociações estritamente privadas.

No entanto, a contemporaneidade em muito mitigou a forma estanque pela qual era vista a formalidade contratual. A abordagem d'outrora sucumbiu, em detrimento de uma visão civilística sob a ótica já relatada nesta Monografia, qual seja, aos princípios constitucionais. Através do bem-estar social do welfare state e pela constitucionalização do direito privado, a sacralidade da autonomia negocial deu lugar à relatividade contratual, balizada por fatores outros, mais relevantes quando vistos de fora da ilha privada que o cercava.

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3330**. DF, Relator: Min. Ayres Britto. Data de Julgamento: 03/05/2012. Tribunal Pleno. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe – 055. Divulg 12/3/2013. Public 22/03/2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807901/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3330-df-stf>> Acesso em: 17 jan. 2019.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 58.

O artigo 421, do Código Civil, primeiro artigo do Livro de Teoria Geral dos Contratos, expõe que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".⁸

Na lição de Judith Martins Costa,

A expressão "em razão da" indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, intersubjetiva, relacionando as partes entre si); outra, transubjetiva, ligando as partes a terceiros determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual.⁹

Vislumbra-se, por conseguinte, que a liberdade de contratar somente poderá ser exercida nos conformes de valores calcados pela boa-fé, lealdade, cooperação, socialidade e probidade.

Como adverte Maria Celina Bodin de Moraes, "o negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral".

Todavia, a teoria do contrato sob o espectro da função social não enfraquece a autonomia da vontade, que remanesce intocável, mas lhe dá, em verdade, nova roupagem (uma constitucional, em tempo), retocando-lhe a fim de preenchê-la sob valores que, ausentes, custarão caro não só para os contratantes, mas para o social.

Neste sentido, aprovado Enunciado n. 23 do CJK, que, em sua redação, afirma que "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

⁸ BRASIL, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 80.

Interessante classificação é a subdivisão da função social do contrato em interna e externa. Parte dos autores enuncia que a função social atua primeiro entre as partes, de maneira a assegurar contratos mais equilibrados. Da mesma forma, conforme Enunciado 360, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, do CJF, "O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes". Já em relação à externa, seria o diálogo cooperativo entre os contratantes e terceiros que são atingidos pelo contrato de modo reflexo.

Por isso, Humberto Theodoro Júnior propala que

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico.¹⁰

É importante analisar o contrato de modo contrário: o contrato não pode prejudicar terceiros, mas também é essencial que o terceiro não se imiscua negativamente na relação havida entre os contratantes. Assim dispõe Claudio Luiz Bueno de Godoy, no sentido de que o "o princípio da oponibilidade do contrato na realidade apresenta verdadeiro complemento à força obrigatória, pelo mesmo quando se trata de as partes poderem opor o contrato a terceiros, porque nessa hipótese se reforça a eficácia do ajuste".

O princípio da função social do contrato não pode, porém, ser aplicado de modo desenfreado, a servir como panaceia para quaisquer dilemas. A aplicação desarrazoada deste princípio não só prejudica a autonomia, como desnatura o próprio instituto, que veio à lume para assegurar os valores constitucionais positivados para pensar o social - e não para coibir o pensar individual. Em verdade, a função social do contrato deve ser encarada como um instrumento de funcionalização dos negócios jurídicos, incidindo de forma equilibrada, e não superdimensionada.

1.4 Filtragem constitucional propriamente dita

Após a Segunda Guerra Mundial (1945), o Direito passou por transformações significativas (e absolutamente necessárias). Estava comprovado que a humanidade era capaz, sim, de atos

¹⁰ THEODORO, Jr Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 56. 2015. Rio de Janeiro. Editora Forense. p. 314.

horrendos, e uma modificação axiológica nas Constituições se fazia cogente. O terror advindo do nazismo fez com que a insegurança jurídica se espalhasse e nos Estados: se *aquilo* era possível, o que não seria?

Por isso, a necessidade eminente de instituir direitos fundamentais, indisponíveis, irrenunciáveis, irretatáveis, incapazes de retroceder (efeito "cliquet"). Era imprescindível que novos mecanismos de controle, como o ocorrido no período da guerra, fosse contido para que, jamais, outro episódio trágico desta magnitude ocorresse.

O fortalecimento da jurisdição constitucional ocorreu por meio de forte carga axiológica na edição das constituições, como redaciona Sarmento:

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família.¹¹

Este fenômeno fez, também, com que o Direito Constitucional fosse centralizado no ordenamento jurídico, como irradiador de normas, das quais outras normas (infraconstitucionais) não podem abdicar, posto que filtradas por aquela. Neste contexto, conhece-se como "Filtragem Constitucional" ou "Constitucionalização do Direito" a (re)leitura de todo o ordenamento infraconstitucional por meio do filtro da Constituição. Através dele, deve-se ler, interpretar e extrair os institutos de diversos ramos disciplinares.

Nas palavras de Barroso, quanto à hermenêutica constitucional no contexto da filtragem:

Neste ambiente, neste universo, toda a interpretação jurídica passa a ser, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Interpreta-se a constituição diretamente sempre que uma determinada pretensão é fundada em um dispositivo constitucional. Para solucionar aquela demanda o intérprete terá de aplicar a Constituição. Porém, aplica-se também indiretamente a Constituição em toda operação de aplicação do Direito infraconstitucional. Por duas razões. Ao aplicar uma norma ordinária o intérprete sempre

¹¹ SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. In: **Revista da Emerj**, v. 6, n. 23, p. 271-297, 2003.

realizará incidentalmente uma operação de controle de constitucionalidade, e em segundo lugar, porque o sentido e o alcance de qualquer norma infraconstitucional deverá ser fixado à luz dos valores e dos princípios constitucionais. Portanto, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.¹²

Inegável, também, que, como mecanismo de efetivação desta filtragem, evidenciou-se a importância do Judiciário, através da mais utilizada sorte de controle de constitucionalidade, qual seja, o controle judicial repressivo, declarando inconstitucional a norma que não se coaduna aos valores da Carta de 1988.

A valorização dos princípios, a flexibilização na hermenêutica, o reconhecimento da força normativa da Constituição e a filtragem constitucional - e seus instrumentos para efetivá-la - imbuíram a Carta de alta densidade normativa, para que esta fosse eficaz e posta em prática no cotidiano brasileiro.

Neste sentido, leciona Gomes Canotilho que “(...) densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”¹³

Assim, a concretização de direitos positivados na Constituição é ferramenta para uma emancipação securitária dos indivíduos, mormente no tocante às minorias desfavorecidas. A irradiação de tais normas não só promovem segurança jurídica necessária em um Estado Democrático de Direito, como são promotoras das lutas sociais sem as quais não há evolução.

Neste sentido, Schier explicita que:

A filtragem constitucional, ou a constitucionalização do direito infraconstitucional, propõe o resgate da dignidade normativa do Direito, como um todo, e especificamente do Direito Constitucional, possibilitando vislumbrá-los como instrumentos de atuação, intervenção e transformação da realidade social injusta, na medida em que suas normas, produto de uma constituinte democrática, dialogam com aquela estrutura da qual, anteriormente, eram

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, pp. 1-42.

¹³ CANOTILHO, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, 2007, p. 203.

vistas como simples reflexos. Objetiva-se a recuperação do espaço jurídico enquanto espaço de lutas e, também, de emancipação.¹⁴

Evidente que há diversos hiatos constitucionais quando comparada a Norma à realidade, todavia, irrefutável o avanço social, principalmente no tocante à defesa das minorias, presente no Documento a que se refere.

Não se pode olvidar, também, que o uso da filtragem deve se dar de modo racional e metodológico, é dizer, de forma razoável. Deve-se rechaçar quaisquer radicalismos na aplicação e na irradiação das normas constitucionais, sob pena de errar pelo excesso, e, desta forma, viciar princípios fundamentais, como a segurança jurídica, a liberdade e a democracia.

Daniel Sarmento, por isso, atenta para o risco desarrazoado das inovações providas do (neo)constitucionalismo e de sua filtragem, atentando para o fato:

(...) de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo. (...) Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por conseqüência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático. Esta ordem de preocupações levou Ersnt Forsthof, na Alemanha, a criticar as teorias que viam a Constituição como uma espécie de "genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros". E a questão torna-se ainda mais delicada diante da constatação de que, pela abertura semântica dos direitos fundamentais e dos princípios - principal matéria-prima da constitucionalização do Direito - o seu principal agente acaba sendo o Poder Judiciário, ao dar a última palavra sobre a interpretação daquelas cláusulas. Daí porque, o debate sobre a constitucionalização do Direito se imbrica inexoravelmente com as discussões a propósito da judicialização da política e do decisionismo.¹⁵

Inegável que haja malefícios, como ocorre em relação a tudo em excesso, na aplicação generalizada dos princípios constitucionais, de forma que deve ser reprimida a filtragem efetuada de modo a suprimir eventuais direitos, como a autonomia privada, em situações cabíveis de sua interpretação.

¹⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional**: anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2005, p. 140.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. In: **Revista da Emerj**, v. 6, n. 23, p. 271-297, 2003.

No entanto, os problemas advindos da "panconstitucionalização" são sanáveis, no sentido de inexistir razão pela qual a filtragem constitucional seja atenuada. A irradiação das normas constitucionais é fator extremamente positivo para quaisquer órbitas que circundam o Direito, principalmente no tocante à garantia de direitos fundamentais e à respectiva luta por sua efetivação no dia-a-dia brasileiro, este ainda tão carente de direitos que resguardem os cidadãos de penosas situações a que se submetem e minimizem as mazelas sociais.

Brilhante explicação de Sarmento, por esta contextualização, ao explicar que:

Nenhuma destas duas questões é insuperável. É possível aceitar e aplaudir a constitucionalização do Direito - fenômeno em geral positivo, por aproximar a racionalidade emancipatória da Constituição do dia-a-dia das pessoas -, mas defender que ela seja temperada por outras preocupações igualmente essenciais no Estado Democrático de Direito, com a autonomia pública e privada dos cidadãos. Pode-se reconhecer a legitimidade da constitucionalização do Direito, mas numa medida em que não sacrifique em excesso à liberdade de conformação que, numa democracia, deve caber ao legislador para realizar opções políticas em nome do povo. Pode-se, da mesma forma, afirmar a incidência direta da Constituição nas relações privadas, mas sem invadir a esfera das opções existenciais da pessoa - que, de resto, é protegida pela própria Constituição das ingerências perfeccionistas do Estado e da sociedade.¹⁶

Não há dúvidas de que a interpretação dos dispositivos infraconstitucionais sob a ótica dos princípios axiológicos incorporados pelas constituições do pós-guerra trouxe inúmeras conquistas ao hodierno Estado Democrático de Direito. A filtragem constitucional é, por isso, mecanismo de efetivação de um caminho *ex nunc* para direitos fundamentais adquiridos ao longo da História, de forma que a necessidade de incorporar e compatilizar cada disciplina à ótica constitucional é medida que se impõe, não somente para formalmente avançar, mas para o que também não há mais espaço no Brasil: retroceder.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. In: **Revista da Emerj**, v. 6, n. 23, p. 271-297, 2003.

II - DO CONTRATO DE LOCAÇÃO E DA FIANÇA

2.1 Teoria geral dos contratos

A manifestação de vontade do indivíduo, em terrenos cíveis, gera efeitos jurídicos. O acordo de vontades constrói o contrato - este, negócio jurídico bilateral ou plurilateal gerador de obrigações para as partes.

Pothier definiu o contrato como "une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose". No art. 1.101, o Código Civil Francês adota esta exata definição.

Nas palavras de Aubry e Rau, "Tout contrat exige le concours du consentement des parties, de leur capacité à l'effet de contracter, d'un objet certain, et enfin d'une cause licite d'obligation". A definição não foge ao Direito Brasileiro, pois, sabendo-se que o contrato é um negócio jurídico, conforme art. 104, do Código Realeano, tem-se que:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.¹⁷

Consoante Caio Mário da Silva Pereira, trata-se de “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”, ou sinteticamente, é “um acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.¹⁸

Já para Luis Díez-Picazo, o contrato é visto não só como ato, mas também como norma:

La palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere unas veces al acto que los contratantes realizan (v. gr.: se dice celebrar un contrato) y otras veces se refiere al

¹⁷ BRASIL, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1975, vol. III, p. 35.

resultado normativo o reglamentario que com este acto se produce para los contratantes (v. gr.: se dice cumplir un contrato, estar obligado por un contrato). Desde el primero de los puntos de vista mencionados, el contrato se nos aparece como un acto jurídico, es decir, como una acción de los interesados a la cual el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos. Desde el segundo de los puntos de vista apuntados, el contrato se nos aparece como un precepto o como una regla de conducta (*lex contractus*). El contrato es, entonces, una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta.¹⁹

Exatamente nesta liberdade de manifestar a sua vontade, é que encontra terreno fértil a autonomia privada. No sistema francês, é o ponto do individualismo, a se perceber pelo art. 1.134 de seu Código: "As conveções feitos nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei".

A liberdade de contratar, porém, não é ilimitada, uma vez que balizada por princípios contratuais e de ordem pública. Sendo vista sob dois aspectos: tanto o de estabelecer *o que* será contratado (conteúdo), quanto *como* o será (modalidade contratual). Percebe-se, outrossim, a flexibilidade concebida pelo princípio da autonomia da vontade, inclusive através de contratos atípicos.

Demais disso, há a cogência do cumprimento deste contrato entre as partes, o que se convencionou a chamar de *pacta sunt servanda*. Desta feitura de lei entre as partes, sobressai a chamada intangibilidade dos contratos, a fito de inalterar a situação originariamente desejada entre os contratos. É evidente que, havendo necessidade, o equilíbrio contratual prevalecerá, revisando as cláusulas inicialmente pactuadas.

Por isso, não se deve dizer que o contrato se reveste de roupagem absoluta, mormente pelo fato de que limitações (co)existem no tempo e no espaço, sendo balizados pela ordem pública.

A se levar em consideração é o caráter *inter partes* do contrato, através da relatividade negocial, a que se submete o contratante. É dizer, o contrato somente afeta os partícipes do negócio - não prejudicando, portanto, terceiros.

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**, 2. ed., Madrid, Editora Tecnos S. A., 1983, vol. I, p. 97.

Outro desdobramento passível de ser examinado neste Trabalho a partir do estudo da Teoria Geral dos Contratos, quanto ao nicho dos princípios contratuais, é a tão bem-vinda boa-fé objetiva e seus conceitos parcelares, como a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), *tu quoque*, e o dever de mitigar a (própria) perda (*duty to mitigate the loss*).

Como sabido, o Código Civil de 2002 homenageou a ideia da boa-fé objetiva. Por isso, por meio de seu art. 422, externaliza que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé". Já em seu art. 113, "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Hoje, em verdade, tais princípios contratuais não só fortalecem a filtragem constitucional antes neste Trabalho analisada, mas são ínsitos aos próprios valores presentes na Constituição de 1988, de modo a reiterar a axiologia de que se vale a ciência sistemática do Direito para fazer, formal e materialmente, Justiça.

2.2 Do contrato de locação

A locação imobiliária é disciplinada de forma geral pela Lei do Inquilinato (nº 8.245/91) e dispõe acerca de fornecer ao locatário o uso e gozo de um imóvel, mediante a remuneração deste ao locador. É, em verdade, contrato delicado, mormente por se referir à moradia dos que, muitas vezes, não possuem casa própria, sendo a função social do contrato de aplicabilidade extremamente pertinente.

A Lei 8.245/91 regular não somente regras de locação urbana residencial, mas também a urbana comercial, podendo ser, também, de prazo determinado e indeterminado. Por isso, conforme art. 571 do Código Civil, "havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato". No entanto, nada impede que se prorrogue tal negócio jurídico - *ex vi* do art. 574, CC/02.

Por falar em negócio jurídico, sendo esta a natureza jurídica do contrato de locação, cumpre rememorar algumas de suas características: a bilateralidade, a comutatividade, a onerosidade, a consensualidade, a não solenidade, e execução periódica.

A uma, bilateralidade indica um teor de direitos e obrigações a cada parte. O locador cede o uso e gozo do bem em troca de retribuição pecuniária, consoante arts. 566 e 569 do CC/02. É necessário que haja, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, correspectividade e reciprocidade entre as partes. Relatam os doutrinadores, ainda, que:

É essencial à bilateralidade a caracterização do sinalagma, no sentido de uma obrigação ser a causa da outra. Assim, a bilateralidade da locação emana de duas obrigações, ao mesmo tempo principais e mutuamente correlatas, na qual, tanto quem entrega a coisa, como quem recebe a retribuição periódica, percebem na prestação do outro uma compensação suficiente à sua própria prestação. Enfim, a obrigação de cada um dos contratantes aparece como equivalente da assumida pelo outro, o que implica no campo da eficácia, na possibilidade de aplicação à locação de modelos jurídicos como a *exceptio non adimpleti contractus* (CC, art. 476) e a cláusula resolutiva tácita (CC, art. 474).²⁰

Relate-se, também, a necessidade de distinção entre negócio jurídico bilateral e contrato bilateral. Todo contrato é negócio bilateral, uma vez que em que nele sempre há duas (contrato bilateral) ou mais declarações de vontade (contrato plurilateral).

Quanto à comutatividade, é valiosa a distinção entre contrato comutativo e aleatório. Contrato comutativo é a existência de uma prestação a uma contraprestação, de forma que, reciprocamente, haja prestações realizadas. Por outra via, o contrato aleatório significa a inexistência de certeza quanto a esta contraprestação, posto que incerta - podendo ser mais, igual ou menos ao pactuado. Por isso, o contrato de locação é, definitivamente, um contrato comutativo, uma vez que não há falar em pagamento sem a faculdade de usar e gozar do imóvel urbano, ao passo que nexa também não há quanto ao uso e gozo do imóvel sem quaisquer ônus por parte dos locatários.

E exatamente por isso advém outra característica do contrato locatício: a onerosidade. O dispêndio patrimonial, no sentido de onerar o locatário, é condição para a locação, uma vez que a

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

gratuidade, inclusive, desnaturaria o negócio jurídico bilateral, este também característico do contrato locatício.

O consensualismo, antipenúltimo atributo a que aqui se refere, significa ser suficiente o acordo de vontades entre as partes para o aperfeiçoamento deste negócio. Contrapõe-se, desta forma, ao contrato real, este que, além do consenso, requer a entrega da coisa ("tradição"), a exemplo do contrato de comodato e de mútuo.

A não-solenidade, por sua vez, indica a desnecessidade de uma forma específica para contratar. A formalidade é, sem dúvidas, *conditio sine qua non* para a exteriorização das vontades da parte. No entanto, diferente de contratos que determinam, v.g. a escritura pública do documento, a locação não demanda especificidade, sendo válida qualquer maneira pela qual se entenda a vontade consensual das partes - seja escrito ou verbal.

Por último, a periodicidade com a qual se executa o contrato: não é difícil imaginar que o contrato de locação se caracteriza como um negócio de trato sucessivo (execução periódica), uma vez que se reconhece a cada efetivação de prestação em repetição. Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald quanto a este atributo contratual:

No plano consequencial, os contratos de duração - incluindo-se aí os de execução periódica ou trato sucessivo como a locação - dão ensejo à resolução por onerosidade excessiva (CC, art. 478) e à revisão contratual (CC, art. 317) quando preenchidos os demais requisitos para a sua aplicação.²¹

Sinalize-se que, se a locação não for submetida a prazo, a sua execução terminará no momento em que uma das partes exercite o direito potestativo de resilir unilateralmente o contrato (art. 473, CC/02).

O fato de se tratar, todavia, de trato sucesso não impede que haja a incidência do preceito *dies interpellat pro homine*. É dizer, uma vez ocorrido o termo contratual, dispensa-se a interpelação do locatário, pois haverá, em caso de extinção de locação com prazo, uma espécie de cláusula resolutiva expressa (*ex vi* do art. 474, CC), que impõe ao locatário a obrigação imediata

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

de restituir a coisa, sob pena de sofrer ação de reintegração de posse, pelo fato de a posse se tornar injusta pelo vício da precariedade (cf. art. 1.200, CC/02).

Pertinente a este Trabalho, o art. 37 da Lei 8.245/91 especifica as sortes de garantia que podem ser concedidas pelo locatário ou pelo terceiro ao locador ao firmarem um contrato de locação: caução, fiança, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Demais disso, importante se atentar ao fato de que é vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação (cf. art. 37, parágrafo único, da Lei do Inquilinato), constituindo, inclusive, contravenção penal a exigência cumulada de garantias.

A caução é uma das opções mais escolhidas nos contratos locatícios, somente ficando para trás por conta da fiança (garantia pessoal), consistindo no depósito em conta do valor de no máximo 3 (três) alugueres no início da vigência do contrato (*ex vi* do art. 38, §2º, da Lei 8.245/91). Como sabido, o inquilino terá o valor reavido ao término da locação se inexistente qualquer requisito para utilizá-lo, corrigido monetariamente (o que não ocorre, registre-se, no seguro-fiança).

Como garantia fidejussória, a fiança aparece como a mais utilizada das garantias, já que, comparada à caução e ao seguro-fiança, o custo é muito menor ao locatário que opta por esta modalidade. A fiança será devidamente analisada no próximo capítulo, por haver o debate, nesta Monografia, a respeito da (im)penhorabilidade do bem de família justamente do fiador decorrente de contrato de locação.

O seguro-fiança, por outra via, se baseia no pagamento de um prêmio com base no valor do aluguel, garantindo, por isso mesmo, o recebimento de alugueres atrasados e reparos de eventuais danos ocasionados no imóvel locado, ao locador.

Por último, a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento raramente é utilizada, porquanto incompatível com o perfil do locatário brasileiro comum.

Importante abrir parênteses para atentar ao fato de que o imóvel caucionado não está dentre a exceção da Lei 8.009/90, que dispõe sobre bem de família. Assim, sendo o imóvel único da entidade familiar (ou até mesmo de pessoa solteira, separada ou viúva, de acordo com a Súmula nº 364 do STJ), serão impenhoráveis e não poderão ser caucionados (tanto por penhor quanto por hipoteca).

Não é óbice, porém, à garantia fidejussória, qual seja, fiança, porquanto expressamente excluída pelo art. 3º, VII, da Lei 8.009/90. E não poderia, também, o fiador estabelecer caução, para se garantir de eventual penhora do seu bem de família, pois, como estudado, a dupla garantia é vedada expressamente pelos art. 37, parágrafo único, e artigo 43, II, da Lei 8.245/91.

2.3 Da fiança

O art. 818 do Código Civil dispõe que "Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra".

Regulada pelos artigos 818 a 839 do Código Realeano, trata-se de modalidade de garantia fidejussória, fundada na fidúcia, consistindo em contrato acessório (a ser analisado abaixo), unilateral, gratuito ou benéfico (e, por isso, interpretado de modo restritivo), intuitu personae, consensual e solene.

Da gratuidade do contrato de fiança advém a incidência do art. 114 do Código Civil, pela qual os contratos gratuitos devam ser interpretados restritivamente, o que significa dizer que o fiador não poderá ter suas obrigações ampliadas, somente se vinculando ao que expressamente anuiu. Nestes termos, dispõe o art. 819 do CC/02: "A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva."

No âmbito do inquilinato, como expressão desse atributo da fiança, enquanto contrato gratuito, eis o que dispõe a Súmula nº 214 do Superior Tribunal de Justiça: "O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu".

Importante destacar a existência, na fiança, de responsabilidade (*Haftung*, em alemão), mas não o débito (*Schuld*, em alemão), constituindo o chamado *obligatio sem debitum* (*Haftung ohne Schuld*, em alemão). Isto significa que sobre o fiador recai a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação, respondendo pelo débito, sem, no entanto, possuí-lo, este atribuído tão somente, aprioristicamente, ao devedor/afiançado.

Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, tem-se que:

Cuida-se de hipótese de responsabilidade por débito alheio. Se, em geral, o dever jurídico e a responsabilidade incidem sobre a mesma pessoa, a garantia recairá sobre aquele que se encontra em situação jurídica passiva, por haver assumido e, posteriormente, descumprido a obrigação. Mas não é raro que, para o fortalecimento da posição do credor, o devedor ofereça outras garantias externas ao seu próprio patrimônio. Na obrigação fidejussória, mediante uma avença entre o fiador e o credor do afiançado, aquele presta caução, tornando-se garantidor de débitos alheios, sem que contudo seja o devedor da prestação de dar, fazer ou não fazer.²²

O credor tem o direito de exigir o pagamento da dívida garantida do fiador. Necessário ponderar para o fato de que este dispõe do chamado "benefício de ordem", em virtude do qual lhe cabe exigir que primeiro sejam executados os bens do afiançado, benefício este pleiteável até a contestação da lide.

Nos termos dos arts. 827 e 828, do CC/02:

Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor
Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito. Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:
I - se ele o renunciou expressamente;
II - se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;
III - se o devedor for insolvente, ou falido.²³

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

²³ BRASIL, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

Importante lembrar que, consoante os arts. 820 e 821, do CC/02, pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade, e que as dívidas futuras podem ser objeto de fiança, todavia, o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor.

Além dos requisitos normais de capacidade civil para contratar, deve-se atentar para o regime de separação de bens quando da prestação da garantia de fiança, porquanto necessária a vênua conjugal, consoante art. 1.647, CC/02, que possui a redação "ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: (...) III - prestar fiança ou aval; (...)", sob pena de anulabilidade como expõe o art. 1.649 do Código, que segue:

Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado.²⁴

Entendimento este, inclusive, exposto através da Súmula 332, do Superior Tribunal de Justiça: "A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia."

Consoante Márcio André Lopes Cavalcante, a jurisprudência do STJ tem mitigado a incidência da regra de nulidade integral (total) da fiança nos casos em que o fiador omite ou presta informação inverídica sobre seu estado civil. Em tais hipóteses, deverá ser preservada apenas a meação do cônjuge cuja autorização não foi concedida, não se protegendo a parte do cônjuge que agiu de má-fé. Nesse sentido:

Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia (Súmula 332/STJ), salvo se o fiador emitir declaração falsa, ocultando seu estado civil de casado. A Corte Estadual reconheceu a má-fé do devedor, ora recorrente, que omitiu seu estado civil, objetivando frustrar a garantia.²⁵

²⁴ Ibidem.

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **AgInt no REsp 1533161/SP**. Rel. Min. Marco Buzzi. Data de julgamento: 23/08/2018. Data de publicação: DJe 31/08/2018. Disponível em:

A necessidade de autorização, consoante doutrina de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, no entanto,

não se aplica em relação aos companheiros, porquanto, ao contrário do casamento - instituição formal cuja publicidade inerente enseja ciência sobre a sua existência, início e término a quem quer seja, bastando consulta ao registro civil -, a união estável não propicia a terceiros o necessário e apriorístico conhecimento sobre se existente, sobre quando se iniciou e sobre o seu fim, até de forma a exigir-se o *placet* do companheiro à outorga da fiança.²⁶

Mediante REsp 1.299.866/DF, de Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, julgado foi que:

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIADORA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 332/STJ.

1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles.

2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento - por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição.

3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar -, porquanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, não de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.

5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável.

6. Recurso especial provido.²⁷

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631928273/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1533161-sp-2014-0296253-8?ref=serp>> Acesso em: 17 jan. 2019.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4º Turma). **Resp 1299866 DF**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento 25/02/2014. Data de Publicação. DJe 21/03/2014. Disponível em: <

Saliente-se que, consoante art. 837, CC/02, o fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor.

Rememore-se que alguns atos do credor fazem com que o fiador se desobrigue do contrato de fiança, mormente porque este deve anuir em relação a quaisquer alterações que modifiquem a atual situação (uma vez que não se admite interpretação extensiva em relação à fiança). Por isso, ainda que solidário, ficará desobrigado, nos termos do art. 838, CC/02, se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor (I); se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências (II); e se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção (III).

Por fim, se for invocado o benefício da excussão e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador que o invocou (art. 839, do Código Civil), se provar que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada.

2.3.1 Acessoriedade da fiança

A acessoriedade é uma das mais elementares características do contrato de fiança. Por ela, nas palavras de Luís Menezes Leitão, "a obrigação do fiador se apresenta na dependência estrutural e funcional da obrigação do devedor, sendo determinada por essa obrigação em termos genéticos, funcionais e extintivos".

Contrato acessório ("dependente" ou, ainda, "pacta adjecta") é o que visa assegurar a execução de outro contrato.

Nas palavras de Flávio Tartuce, extrai-se que contrato acessório é:

aquele cuja validade depende de um outro negócio, o contrato principal. O exemplo típico é o contrato de fiança, que depende de outro, como, por exemplo, de um contrato de locação de imóvel urbano. Diante do princípio da gravitação jurídica, pelo qual o acessório segue o principal, tudo o que ocorre no contrato principal repercute no acessório. Desse

modo, sendo nulo o contrato principal, nulo será o acessório; sendo anulável o principal o mesmo ocorrerá com o acessório; ocorrendo prescrição da dívida do contrato principal, o contrato acessório estará extinto; e assim sucessivamente. Todavia, deve ficar claro que o que ocorre no contrato acessório não repercute no principal. Assim sendo, a nulidade do contrato acessório não gera a nulidade do contrato principal; a anulabilidade do contrato acessório não gera a nulidade relativa do principal e assim de forma sucessiva. A conclusão é retirada do art. 184 do CC, segundo o qual 'Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.²⁸

Perlingieri explica que a coligação de acessoriedade é a hipótese das relações de garantia. Relata que a uma relação principal se coliga uma relação de garantia real ou pessoal, de forma que as vicissitudes da relação principal incidem sobre a existência ou a magnitude da relação acessória.

Outrossim, Nelson Rosendal e Cristiano Chaves explanam que, a partir da diretriz da acessoriedade da fiança, emanam várias consequências. No art. 823, do CC/02, "a fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada". Assim, a fiança não pode exceder a dívida principal, nem ser contraída em condições mais onerosas. Poderá, porém, ficar aquém dela. Caso exceda a dívida principal ou se contraia em condições mais onerosas, a fiança não será nula, mas apenas redutível aos termos da dívida afiançada.

O raciocínio acima esposado foi devidamente aplicado quando do julgamento do REsp 1.046.472/RJ, de Relatoria do Min. Sidnei Benetti, a saber:

1. A fiança, obrigação acessória que se pressupõe graciosa e de favor, deve ser interpretada restritiva e não ampliativamente. 2. No caso de celebração de segundo contrato que prorrogou o prazo de pagamento, sem a anuência dos fiadores originais, o prazo prescricional conta-se do termo inicial estabelecido no primeiro contrato, não se podendo considerar, para nenhum efeito, contra os fiadores, as consequências do segundo contrato, de que não participaram. 3. Não se considera, contra os fiadores, que não anuíram em segundo contrato, cláusula de que se extraia alongamento da fiança, mediante o alongamento da data de início do cômputo de prazo para início de prescrição, como consequência de previsão do primeiro contrato.²⁹

²⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense, São Paulo: Método, 2017, p. 489.

²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1.046.472/RJ**. Rel. Min. Sidnei Benetti. Data de Julgamento: 06/11/2012. Data de Publicação DJe: 07/12/2012.

III - DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

3.1 O bem de família

O Direito Civil, como visto, era, em tempos remotos, enxergado como sinônimo de patrimonialismo. A propriedade privada e a obrigatoriedade do cumprimento contratual (*pacta sunt servanda*) desencadeavam a coisificação do sujeito de direitos, que servia como alguém nascido para herdar, adquirir e ter, em detrimento do ser. O indivíduo, portanto, era relegado, pois a ótica liberal não estava voltada aos valores pessoais, senão ao que este poderia proporcionar em termos materiais.

Com uma nova axiologia no século XX, já analisada neste Trabalho, iniciou-se a era da personalização do Direito Civil, voltado à axiologia proveniente das relações, funcionalizando, em verdade, os institutos de Direito Privado à luz da dignidade da pessoa humana, mormente com o advento no Brasil da Constituição de 1988.

Corroborando deste entendimento, Luiz Edson Fachin esclarece que "a proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências (de despatrimonialização das relações civis), posto que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais". É o chamado mínimo existencial.

Luciano Chaves assim o designa sendo "Direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações positivas".

O bem de família é, pois, materialização dos princípios constitucionais, mormente ao direito à moradia, previsto no art. 6º, CF/88, efetivando a teoria do patrimônio mínimo existencial. Veja-se: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.³⁰

A moradia é condição sem a qual não se implanta qualquer teoria minimamente razoável que vise à promoção de direitos sociais, porquanto a sobrevivência digna requer inevitavelmente um lar para que o indivíduo possa se recolher, a fim de realizar suas necessidades básicas.

Por isso, e como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana, protege-se o bem de família, assegurando o direito de moradia através da impenhorabilidade do imóvel em que reside a pessoa humana (cf. arts. 1.711 a 1.722, CC/02, e Lei 8.009/90, que reza acerca da impenhorabilidade do bem de família).

Importante diferenciar, porém, que o ordenamento jurídico prevê duas modalidades de bem de família: o convencional/voluntário (art. 1.711 a 1.722, do Código Civil) e o bem de família legal/obrigatório (exposto na Lei 8.009/90).

O bem de família voluntário depende de ato do titular por escritura pública, testamento ou doação, referindo-se ao bem imóvel onde a família está residindo. Além disso, cumpre salientar que tem duração limitada à vida dos instituidores ou até a maioridade civil dos filhos. Através da instituição desse bem de família convencional, advirão a inalienabilidade e a impenhorabilidade do mesmo. Não é possível, quanto ao bem convencional, ter o imóvel destino diferente, senão a moradia, não podendo ser alienado sem o consentimento de todos os interessados. A fração do bem de família não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido do instituidor ao tempo da instituição do instituto.

Além disso, relate-se que as exceções ao bem de família convencional são menores do que o obrigatório, pois no convencional só é possível a penhora em caso de tributo devido em razão do bem de família, como o IPTU. Já no bem de família obrigatório, o art. 3º da Lei 8.009/90 lista 7

³⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

(sete) exceções à impenhorabilidade, dentre as quais a infeliz possibilidade de penhora do bem de família legal do fiador decorrente de contrato locatício, razão desta Monografia.

O artigo 1º da Lei nº 8.009/1990 dispõe que:

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.³¹

Já o artigo 833, inciso II, do Novo CPC, estabelece que:

Art. 833. São impenhoráveis:
(...) II – os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.³²

Ressalta-se, ainda, que o conceito de impenhorabilidade do bem de família aqui trabalhado, abrange, também, o imóvel de pessoas solteiras, divorciadas e viúvas, conforme a Súmula 364 do STJ. Ou seja, o bem de família independe da quantidade de indivíduos.

Independentemente do ato de vontade do titular, o bem de família legal, previsto na Lei 8.009/90, será impenhorável, sendo clara efetivação da garantia do domicílio como direito social, ex vi do art. 6º, da CF/88. O fato de o proprietário possuir mais de um imóvel residencial não impedirá a proteção advinda desta Lei, sendo a solução para este impasse o que compõe o art. 5º da Lei nº 8.009/90, é dizer, a proteção incidirá sobre o bem de menor valor. Indique que o art. 833, do CPC/15, elegeu bens que também estão isentos de penhora, sendo absolutamente impenhoráveis:

Art. 833. São impenhoráveis:
I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

³¹BRASIL, Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

³²BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em 17 jan 2019.

- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º ;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
- XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.³³

Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald doutrinam que

com o advento da Lei 8.009/90, é inexorável a conclusão de que a impenhorabilidade do bem de família legal, no que tange aos bens móveis que guarnecem o lar (protegidos pela sistemática da Lei acima referida) e aos vestuários, somente alcança o que for necessário para manter um padrão médio de vida digna.³⁴

Elpídio Donizetti, por sua vez, indica que

cabe ao juiz, em face do caso concreto, sobretudo levando-se em conta as condições das pessoas envolvidas na execução, definir o que deva ser excluído da impenhorabilidade. (...) Um frigobar, instalado na suíte do casal, é penhorável; a geladeira de médio padrão, que garante a cozinha da residência, não o é.³⁵

A impenhorabilidade do bem de família legal não é, como já escrito, absoluta, porquanto há exceções a esta regra, consoante art. 3º da Lei 8.009/90. Veja:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
 I - Revogado pela LC 150/15;
 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

³³ Ibidem.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Contratos** - 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

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;

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)³⁶

Para fins deste Trabalho, ater-se-á, especificamente ao inciso VII, a ser debatida no próximo tópico deste Capítulo minuciosamente, qual seja, a exceção da impenhorabilidade por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, por inconstitucionalidade.

3.2 (Im)penhorabilidade do bem de família quanto ao fiador

Acrescentado pela Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), a impenhorabilidade do bem de família foi excepcionada quando se tratar de bem único do fiador em contrato de locação.

Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, tem-se que:

(...) há de ser afirmada a evidente inconstitucionalidade do inciso VII do citado art. 3º da Lei nº 8.009/90, por violar o princípio da isonomia, tratando desigualmente duas obrigações que têm o mesmo fundamento. De fato, parece ter havido um grave equívoco legislativo ao permitir que fosse penhorado o bem de família por conta da fiança prestada em contrato de locação de imóvel urbano. É que os bens - móveis ou imóveis, eventualmente existentes - do locatário (o devedor principal) não poderão ser penhorados, uma vez que incidirá sobre eles a impenhorabilidade legal, em conformidade com o art. 1º da lei protetiva. Ora, se a lei, que não permite a penhora do bem de família do devedor principal, vai permitir (inciso VII, art. 3º) a penhora do imóvel que serve de moradia para o fiador, viola flagrantemente a igualdade substancial constitucional, maculando na inteireza o inciso referido. Por isso, há total incompatibilidade da norma legal com a Constituição Federal, seja porque a mesma é incompatível com a proteção jusfundamental à moradia, seja em razão da quebra da igualdade substancial, tratando diferentemente devedores originados pela mesma causa.³⁷

Sérgio André Rocha Gomes da Silva, quanto ao inciso VII, se posiciona:

³⁶ BRASIL, Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

inconstitucional, pois trata de forma diversa duas obrigações que têm o mesmo fundamento, quais sejam, a obrigação do fiador e a do locatário, podendo-se mesmo considerar iguais ambas as obrigações, contrariando desta forma a isonomia prevista no caput do art. 5º da CF.³⁸

Já Eliane Maria Barreiros Aina destaca que "inexistem fundamentos para que sejam tratados de forma diversa pelo legislador, o que vem ocorrendo, uma vez que o locatário não perderá seu bem de família pela sua própria dívida, mas o seu fiador sim".

O equívoco é de tão flagrante inconstitucionalidade que diversos são os doutrinadores que rechaçam a possibilidade de penhora do bem de família legal do fiador em contrato de locação.

Ana Alice de Carli, em sua obra, explicita que:

é de se notar uma afronta, também, ao fato de que a propriedade consubstanciada no bem de família não vale de per si, posto ser mero instrumento para a concretização do direito humano fundamental à moradia, e este, por sua vez, entende-se como requisito essencial à efetividade de outros valores fundamentais, como a vida, a educação, a saúde, a cidadania, e o acesso às oportunidades de crescimento.

Tartuce se posiciona também contra a penhorabilidade, relatando que esta afronta a proporcionalidade constitucional, pois "o fiador perde o bem de família, e, em direito de regresso, não se conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal".

Como solução, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald propõem eventual solução para contornar o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90:

À luz dos argumentos apresentados, por meio de controle de constitucionalidade difuso, diante de cada caso concreto, impõe-se ao magistrado reconhecer, inclusive de ofício, a inconstitucionalidade do dispositivo legal, declarando incompatível com o sistema de proteção avançada da pessoa humana a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador porque afronta a isonomia constitucional, bem como por ignorar o direito social à moradia.³⁹

É inaceitável, de fato, que o fiador se proponha a garantir um contrato de locação e possa perder seu bem de família, quando não o perde o titular do débito que goza da locação. Inaceitável por muitas razões. A uma, porque fere abruptamente o princípio da isonomia a que o fiador faz jus, pois, substancialmente, perderá, tanto quanto outros que não o perderão, o bem de família; a duas, pois o contrato de fiança é acessório, acompanhando o principal, havendo o que se denomina de

³⁸ SILVA, Sergio André Rocha Gomes da. Responsabilidade pessoal dos sócios por dívidas fiscais da pessoa jurídica. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 76, p. 119-130, jan. 2002.

³⁹ BRASIL, Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

benefício de ordem (ou seja, primeiro são executados o bem do devedor principal, expresso legalmente). Por um raciocínio silogístico, pensar-se-ia que o bem de família do locador deve ser também o primeiro a se excepcionar no tocante à impenhorabilidade.

Assinale-se, demais disso, que o Direito Civil repersonalizado e funcionalizado, sob a ótica dos princípios constitucionais, é pautado a fim de resguardar os direitos fundamentais, dentre eles o de moradia, *ex vi* do art. 6º da CF/88, e fomentador da teoria do patrimônio mínimo existencial.

IV - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PROBLEMÁTICA

A jurisprudência é oscilante e demasiadamente controversa no tema, havendo diversos julgados - e dentro de cada julgado, diversos votos divergentes - temporalmente modificados.

Após a vigência da Lei 8.245/91, que acrescentou o referido inciso VII ao art. 3º da lei 8.009/90, houve, naturalmente, grandiosa repercussão perante os Tribunais de Justiça dos Estados quanto a esta exceção, porquanto absolutamente contrária ao princípio da isonomia constitucional (mormente entre o fiador e o afiançado). Como esperado, a polêmica temática alcançou aos Tribunais Superiores.

Inicialmente, em julgado datado de 08/02/2006, o Supremo Tribunal Federal, através do RE 407.688/SP (cujos votos serão analisados em tópico abaixo), de Relatoria do Min. Cezar Peluso, em sentido totalmente contrário à opinião da doutrina brasileira (atual e quando do julgamento), entendeu ser compatível com a Constituição Federal o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90. O argumento foi o de que isso facilitaria o "acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária".

Já no ano de 2010, o STF resolveu a questão com a edição do tema 295/STF, em sede de repercussão geral, que, através do julgamento do recurso paradigma RE 612.360 (a ser analisado pormenorizadamente em tópico posterior), firmou a seguinte tese:

É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da lei 8.009/90 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da CF, com redação da EC 26/20.

Sob a sistemática dos recursos repetitivos, foi a vez de o Superior Tribunal de Justiça se manifestar, através de sua segunda seção no ano de 2014, dando azo ao tema 708/STJ, por meio da (infeliz) tese de que:

"É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da lei 8.009/90".

Em 2015, um ano após a tese editada nos recursos repetitivos, o STJ publicou, então, a súmula de nº 549, dispondo que: "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação".⁴⁰

Após três anos, em junho de 2018, quando, de fato, parecia ter havido a consolidação, tanto pelo STF quanto pelo STJ, da ilógica e desarrazoável decisão de ser válida a penhora do bem de família do fiador decorrente de contrato de locação, embora estivessem a doutrina brasileira e os votos vencidos de diversos Ministros absolutamente contrários a este entendimento, veio à tona o julgamento do RE 605.709. Nele, a 1ª turma do STF, aplicando o método do *distinguishing*, feriu o princípio da isonomia novamente: não bastasse a violação ao princípio da isonomia quanto ao fiador e afiançado, quando julgou pela constitucionalidade do inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90, decidiu por diferenciar em 2018, sem razão pela qual o fez, o fiador de locador de imóvel residencial e o fiador de locador de imóvel comercial. Para o imóvel comercial constante de contrato de locação, não seria penhorável o bem de família do fiador que o garantiu; para o fiador garantidor de imóvel residencial. Contra o acórdão do RE 605.709, foram opostos embargos de divergência, a fim de que o pleno do STF reanalise o entendimento da 1ª turma, estes conclusos ao relator no início de novembro de 2019.

Na opinião de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald,

Por não se tratar de decisão prolatada em controle de constitucionalidade concentrado, não há efeitos *erga omnes*, não vinculando, via de consequência, as instâncias inferiores, que podem continuar entendendo inconstitucional o malfadado dispositivo legal. Outrossim, a existência de firme divergência (entre a posição do STF e a doutrina) evidencia que o tema ainda reclama estudos mais acurados, em especial à luz das garantias constitucionais e da valorização da pessoa humana. De qualquer sorte, com todas as vênias, não nos parece que a possibilidade de penhora do bem de família do fiador locatício seja um instrumento facilitador de uma política eficaz de moradia no Brasil. Muito pelo contrário. Dificultará. Afinal, ninguém, em sã consciência, prestará fiança em contrato de locação de imóvel urbano (regido pela Lei nº 8.245/91), impondo ao locatário maior ônus, tendo de assumir os custos de eventual fiança bancária ou mesmo em ter verba pecuniária sobrando para prestar outro tipo de garantia. De qualquer maneira, ainda que seja admitida a compatibilidade constitucional do referido inciso VII, a sua aplicação somente poderá ocorrer no caso de fiança locatícia (afastadas as demais hipóteses de fiança), eis que o seu alcance dependerá, seguramente, de uma interpretação restritiva.⁴¹

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 549.** "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação" Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1608>> Acesso em: 18 jan. 2020.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil:** teoria geral. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

Acatando a essas ponderações, mesmo após a decisão da Corte Suprema, vem assim deliberando o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

A Lei 8.009/90, ao dispor sobre bem de família vedou a penhora do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e dos móveis que guarneçam a residência e não constituam adornos suntuosos, estabelecendo, todavia, algumas exceções em seu art. 3º. No que se refere à exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 (penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação), o que se observa é que tal disposição, além de afrontar o direito à moradia, garantido no art. 6º, caput, da CF/88, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, uma vez que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador.⁴²

Com a decisão prolatada por meio do RE 605.709/SP, felizmente se analisa possível futura mudança de entendimento da Corte, uma vez que houve o reconhecimento, no julgado, da impenhorabilidade do fiador no tocante ao seu bem de família quando decorrente de contrato de locação comercial, utilizando-se dos mesmos fundamentos indicados pela doutrina brasileira acerca da inconstitucionalidade de quaisquer penhorabilidades quanto ao bem de família do fiador proveniente de contrato locatício (seja este residencial, seja este comercial).

4.1 Recurso Extraordinário 407.688/SP

Iniciando a análise pormenorizada de cada julgado, o Recurso Extraordinário 407.688/SP, julgado em 2006, foi o primeiro a se manifestar acerca da constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, inserido pela Lei 8.245/91, a favor, portanto, da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador quanto a (qualquer, frise-se) contrato de locação. Colaciona-se:

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. 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

⁴² BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ac. 18a Câm. Cív., **Ap. Cív. 1.0596.05.027486-6/001(1)** - Comarca de Santa Rita do Sapucaí. Rel. Des. Elpídio Donizetti, Data de Julgamento: 10/2/2009. Data de Publicação: DJMG 17/03/09.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.⁴³

4.1.1 Análise dos votos favoráveis à penhorabilidade

Pela constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, isto é, a favor da penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação julgaram os Minsitros Cezar Peluso (Relator),

4.1.1.1 Voto do min. Cezar Peluso

O Ministro Relator Cezar Peluso inicia seu voto relatando não repugnar à ordem constitucional que

o direito social de moradia - o qual não se confunde necessariamente com o direito à propriedade imobiliária - pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. A vigente Constituição portuguesa é, aliás, ilustrativa ao propósito, ao dispor, no nº 2 do art. 65: '2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: (...) c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada'⁴⁴

Vota no sentido de não ser invocável violação ao princípio isonômico, pois o caso concreto patenteia diversidade de situação factual e de vocação normativa, posto que "a expropriabilidade do bem do fiador tende também a proteger o direito social de moradia, por via oblíqua, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito".

Por fim, posiciona-se no sentido de que

castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia. Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.⁴⁵

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão do RE 407688/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 08/02/2006. Data de Publicação: DJ 06/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>> Acesso em: 18 jan. 2020.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

4.1.1.2 Voto do min. Joaquim barbosa

O Min. Joaquim Barbosa inicia seu voto atentando para o fato de que,

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), 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, e, por consequência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade.⁴⁶

Ponto curioso é que o Min. afirma que, *in casu*, cumpria decidir, mediante juízo de ponderação, qual dos direitos (direito à moradia ou direito à autonomia da vontade) deveria preponderar. O Min. ressaltou, também, ser assente quanto à aplicação dos direitos fundamentais em órbita privada (o que se entende por horizontalidade dos direitos fundamentais).

Sob a análise do Min., o direito a preponderar na situação em concreto é o da autonomia da vontade, passível de prevalência, uma vez que nenhum direito fundamental - nele incluso o direito à moradia - é absoluto. Relata que a decisão de prestar fiança é expressão da liberdade do fiador, que o faz por vontade própria, razão pela qual, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição, qual seja, o direito à moradia.

4.1.1.3 Voto do Min. Gilmar Mendes

Sucinto, o voto do Min. Gilmar Mendes se refere ao voto do Min. Joaquim Barbosa, a respeito da colisão entre princípios, relatando prevalecer a autodeterminação e a autonomia privada, embora reconheça o direito de moradia presente no art. 6º, CF/88, este que, a seu ver, não fora violado.

⁴⁶ Ibidem.

4.1.1.4 Voto da Mina. Ellen Gracie

Através de voto breve, a Mina. Ellen Gracie se refere às premissas desenvolvidas pelo Min. Cezar Peluso em seu voto, qual seja, o fato de "a Constituição buscar assegurar amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação."

4.1.1.5 Voto do Min. Marco Aurélio

Min. Marco Aurélio pontua o surgimento de uma problemática a ser debatida, a respeito de, quando o art. 6º da CF/88 se refere à moradia, o faz conferindo a intangibilidade da propriedade. Esta intangibilidade, a seu ver, não se circuncreve ao bem único da família tão somente, abrangendo a moradia mediante contrato de locação, por exemplo. Por essa razão, julga desprovido o recurso.

4.1.1.6 Voto do Min. Sepúlveda Pertence

Min. Sepúlveda Pertence inicia o voto reconhecendo ser o caso concreto angustiante, e, demais disso, a divergência presenciada entre os votos evidenciar a grandeza do julgamento.

Acompanha o Relator Cezar Peluso, negando provimento ao recurso, sob o fundamento de que tem em conta a realidade circundante da questão constitucional. Em suas palavras, "a alternativa à 'fiação' eficaz é enredar-se o inquilino na garantia bancária, inacessível à grande massa daqueles que não têm como realizar o seu direito à moradia senão mediante o arrendamento do imóvel residencial."⁴⁷

⁴⁷ Ibidem.

4.1.1.7 Voto do Min. Nelson Jobim

A seu ver, acompanha o Relator Cezar Peluso, fundamentando pela necessidade de atentar que as normas constitucionais servem para mundos reais, e não virtuais. Por suas palavras, o Min. reflete que:

na medida em que entendêssemos, como pretende a minoria, que esse direito seria oponível nessas circunstâncias, a consequência seria exatamente a extração da possibilidade de locações de uma série de pessoas absolutamente necessitadas para tais, porque, evidentemente, o risco seria onerado ao personagem, por meio da fiança bancária, ou mesmo na impossibilidade de locação.⁴⁸

Por isso, opta pelo desprovimento do recurso, pela análise do contexto fático-consequencial a que se submete a lide.

4.1.2 Análise dos votos desfavoráveis à penhorabilidade

Desfavoráveis à penhorabilidade, e, portanto, vencidos, os Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Melo.

4.1.2.1 Voto do Min. Eros Grau

O Min. Eros Grau inicia seu voto por um panorama histórico, ao rememorar aos Ministros que já houve precedentes na Corte, através dos REs 352.940 e 449.657, nos quais se afirma o não recebimento, pelo art. 6º da CF/88, com a redação que lhe foi conferida pela EC 26/2000, da Lei 8.245/91, que ressalva a penhora do imóvel residencial do fiador em contrato de locação.

Relata, demais disso, que:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupar para

⁴⁸ Ibidem.

pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. A afronta à isonomia parece-me evidente.⁴⁹

Aponta para que, quanto ao argumento no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não lhe parece que possa ser esgrimido para afastar a incidência de preceito constitucional como o do art. 6º, CF/88, e da isonomia.

4.1.2.2 Voto do Min. Carlos Ayres Britto

O Min. relata ser a moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, sendo, por isso, o direito a ela indisponível, no sentido de ser não-potestativo, não podendo, por isso, sofrer penhora por efeito de contrato de fiança. A Constituição, em matéria de família, dispôs de modo a esta fazer jus a um tratamento especial, de modo que deva ser protegida de forma reforçada.

4.1.2.3 Voto do Min. Celso de Melo

Inicia o Min. Celso de Melo referindo-se à questão da eficácia do direito à moradia enquanto projeção expressiva de um dos direitos fundamentais elencados no texto da CF/88. Relata, ainda, ser o direito à moradia - deferida a todos como prerrogativa constitucional - qualificada como um dos direitos sociais mais expressivos, incluso dentro dos direitos de segunda geração.

Pontua para o fato de que a essencialidade do direito à moradia é proclamada por declarações internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11).

Cita, ainda, o Professor Luiz Edson Fachin (em obra já referenciada nesta Monografia, qual seja, "Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo", 2001, Renovar), pois este atenta que se impõe ao Estado dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da

⁴⁹ Ibidem.

pessoa humana, que representa - enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) - valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional.

Nas palavras do eminente Min. Celso de Melo:

Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social - que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) - permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família. Daí a advertência, que se impõe considerar, de que se formou, no âmbito de nosso sistema jurídico, um novo paradigma a ser observado pelos elaboradores e pelos aplicadores da lei.⁵⁰

Demais disso, faz referência, em seu voto, à brilhante Professora Maria Celina B. Moraes ("A Caminho de um Direito Civil Constitucional, "in" "Revista Estado, Direito e Sociedade", vol. 1, 1991, PUC/RJ), a seguir:

No Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana - isto é, os valores existenciais - no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daí decorre a urgente obra de controle de validades dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar.⁵¹

Conclui o voto ressaltando, também, a incongruência referida no voto do Min. Eros Grau, qual seja, a de que

o fiador sofre, nos termos dessa exceção legal, a incidência do vínculo processual da penhora, mas ele, mesmo solvendo a obrigação do devedor principal (locatário), não pode voltar-se regressivamente contra ele, impossibilitado de fazer recair a penhora sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino inadimplente.⁵²

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

4.2 Recurso Extraordinário 612.360/SP

No leading case RE 612.360, julgado em 2010, foi reconhecida a repercussão geral do caso por meio do Tema Nº 295/STF, reconhecendo constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da lei 8.009/90 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da CF, com redação da Emenda Constitucional nº 26/20, como se nota a seguir: "CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL."⁵³

4.3 Recurso Extraordinário 605.709/SP

O julgamento do RE 605.709 pela 1ª Turma do STF teve como questão originária a possibilidade da penhora do bem de família do fiador, que, *in casu*, afiançou contrato de locação de imóvel não residencial (comercial). Restou decidido no sentido da impossibilidade. Veja-se:

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

⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 612360/ SP**. Rel. Min. Ellen Gracie. Data de Julgamento: 13/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-05 PP-00981 LEXSTF V. 32, N. 381, 2010, P. 294-300.

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 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. 4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO."⁵⁴

Malgrado votos vencidos dos ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso, a fim de aplicar a tese firmada no julgamento do RE 612.360-RG (tema 295/STF), venceram os votos dos Ministros que afirmam, especificamente quanto ao contrato de locação comercial, não ser possível a penhora do bem de família do fiador decorrente desta modalidade locatícia.

Houve a aplicação da técnica denominada *distinguishing*, é dizer, o caso apresentado no RE 605.709 (contrato de locação comercial) difere do decidido no Tema 295/STF, qual seja, a de que seria possível a penhora do bem de família. A diferenciação foi efetuada pois ao RE 605.709 se refere a contrato de locação comercial, enquanto que, no RE 613.360 se tratou de locação residencial.

Para aplicação do *distinguishing*, portanto, a 1ª turma do STF afirmou que o RE 612.360 (paradigma do tema 295/STF) teve como caso originário a fiança prestada em locação residencial.

No entanto, Abílio Veloso de Araújo, em brilhante artigo cujo panorama histórico do tema a que se refere é apresentado, ao consultar os autos do processo originário que resultou no julgamento do RE 612.360-RG, percebe que "torna-se patente que o caso tratou da fiança prestada em locação comercial, contrariando, inquestionavelmente, a premissa verificada no voto divergente da min. Rosa Weber". E assim ressalta:

que todos os precedentes do STJ, tanto o REsp 1.363.368/MS, que serviu de paradigma para o tema 708/STJ, quanto os recursos: AgRg no AREsp 624.111/SP; REsp

⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão do RE 605709**. Rel. Min. Dias Roffoli, Relator do acórdão: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Data de julgamento: 12/06/2018. Acórdão eletrônico DJE-032 divulg. 15-02-2019. Data de publicação: 18-02-2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585> Acesso em: 18 jan. 2020.

1.363.368/MS; AgRg no AREsp 160.852/SP; AgRg no AREsp 31.070/SP; AgRg no Ag 1.181.586/PR; e AgRg no REsp 1.088.962/DF, tiveram, na origem, a possibilidade da penhora do bem de família do fiador em locação comercial.⁵⁵

E continua, indicando que:

Compulsando os autos do proc. 0007021-13.2003.8.26.0005 (2ª Vara Cível do Foro São Miguel Paulista – TJ/SP) que precedeu o RE 612.360, é possível encontrar o próprio contrato de locação, raiz da controvérsia, onde se verifica, claramente, a finalidade mercantil da locação. A cláusula quinta do referido instrumento dispõe o seguinte: 'O imóvel ora locado será utilizado para fins COMERCIAIS'.⁵⁶

Analisa-se, portanto, o equívoco cometido quando da aplicação do distinguishing entre os casos tratados no RE 605.709 e no paradigma do tema 295/STF, uma vez que os dois litígios se referem à possibilidade da penhora do bem de família de fiador de contrato de locação de imóvel comercial.

O acórdão, como esperado, está sendo utilizado, não obstante o entendimento isolado da 1ª turma do STF (RE 605.709), em processos, a favor da impenhorabilidade do bem de família decorrente de contrato de locação comercial quanto ao fiador, conforme relata o eminente professor Abílio: 1) TJSC - AI 4013946-17.2018.8.24.0900; 2) TJSP – AI 2192239-70.2018.8.26.000; e 3) TJPE – AI 0006433-11.2018.8.17.9000. O advogado Abílio nos atenta, então, para o fato de que:

Vale lembrar que o precedente em debate, RE 605.709, não representa superação do entendimento do plenário do STF no tema 295. Até mesmo porque, em dezembro de 2018, a 2ª turma do STF ao julgar o ARE 1.128.251, caso análogo (locação comercial), aplicou o referido tema 295 para solução do caso, possibilitando a penhora do bem de família do fiador em locação comercial.⁵⁷

Contra o acórdão do RE 605.709, foram opostos embargos de divergência, admitidos em 25.06.2019, que oportunizará ao pleno do STF a (re)análise do ponderado pela 1ª turma. A decisão sinaliza uma possível mudança de entendimento quanto à constitucionalidade do inciso reiteradamente comentado neste Trabalho, mormente pelo fato de que a fundamentação do acórdão

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ DE ARAÚJO, Abílio Veloso. 1ª turma do STF comete lamentável equívoco em julgamento sobre a possibilidade da penhora do bem de família do fiador na locação comercial. **Migalhas**, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/298909/1-turma-do-stf-comete-lamentavel-equivoco-em-julgamento-sobre-a-possibilidade-da-penhora-do-bem-de-familia-do-fiador-na-locacao-comercial>>. Acesso em: 21 de agosto de 2020.

foi no sentido de reconhecer a incompatibilidade do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, com o direito à moradia e com o princípio da isonomia.

4.3.1 Análise dos votos favoráveis à penhorabilidade

4.3.1.1 Voto do Min. Dias Toffoli

O Min. Dias Toffoli relata que os precedentes que fundamentam a decisão recorrida dispõem expressamente que não ocorre a impenhorabilidade de imóvel de fiador em execução decorrente de contrato de locação por ele afiançado, não sendo cabível a distinção pretendida pelos recorrentes, visto que nada constou acerca do tema nos referidos precedentes e que parte dos argumentos então utilizados não se prestam para a fundamentação de decisão frontalmente contrária ao que restou decidido no Tema 295/STF, razão pela qual votou pelo não provimento do recurso extraordinário 605.709/SP.

4.3.1.2 Voto do Min. Luís Roberto Barroso

Após pedido de vista, o Min. Barroso vota sob o fundamento de que não há desproporcionalidade na exceção à impenhorabilidade do bem de família. Afirma que o dispositivo legal é razoável ao abrir a exceção à fiança prestada voluntariamente para viabilizar a livre iniciativa. Em suas palavras,

ninguém é obrigado a prestar fiança em contrato de locação de imóvel comercial; se o faz, porém, no exercício constitucionalmente protegido de sua autonomia da vontade, poderá ter seu imóvel penhorado para o pagamento das dívidas não quitadas pelo locatário. Aplica-se ao caso concreto, portanto, a tese firmada no julgamento do RE 612.360-RG. Pelo exposto, nego provimento ao recurso.⁵⁸

⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão do RE 605709**. Rel. Min. Dias Roffoli, Relator do acórdão: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Data de julgamento: 12/06/2018. Acórdão eletrônico DJE-032 divulg. 15-02-2019. Data de publicação: 18-02-2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585> Acesso em: 18 jan. 2020.

4.3.2 Análise dos votos desfavoráveis à penhorabilidade

4.3.2.1 Voto da Mina. Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber realiza a técnica intitulada *distinguishing* para diferenciar a penhorabilidade do bem de família do fiador em locação residencial e a impenhorabilidade do bem de família do fiador em locação comercial. É como vota:

Realçada a diferença entre as premissas fáticas que orientaram o paradigma julgado sob o regime da repercussão geral e as presentes no caso concreto (*distinguishing*), reitero a incompatibilidade, a meu juízo, da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial com o direito fundamental social à moradia, bem como com o princípio isonômico, veiculado no art. 5º, caput, da Magna Carta. Se na garantia prestada em contrato de locação residencial é possível contrapor o direito à moradia de fiadores ao igualmente relevante direito à moradia de locatários, como apontado nos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, o mesmo não se verifica na hipótese de fiança em contrato de locação de imóvel comercial. Ante o exposto, pedindo vênias aos Ministros Dias Toffoli e Roberto Barroso, provejo o recurso extraordinário, para, julgando procedentes os embargos à arrematação apresentados pelos ora recorrentes, assentar que bem de família de sua titularidade não poderá ser alcançado para satisfação dos créditos devidos aos recorridos. Ficam invertidos os ônus da sucumbência. É o voto.⁵⁹

4.3.2.2 Voto do Min. Marco Aurélio

O voto do Min. Marco Aurélio representa evidente mudança de seu entendimento, já que no RE 407.688 votou pelo desprovimento do recurso, tendo sido voto vencedor à época.

A mudança é evidente, pois nem mesmo reconhece a distinção entre o RE 407.688 com o RE 605.709, como o fez a Mina. Rosa Weber. Nas suas palavras:

Não cabe distinguir onde a lei não distingue. Há manifestação de vontade do fiador, quer se trate de locação residencial, quer comercial. E não vejo como potencializar a livre iniciativa, o comércio, em detrimento de certo direito fundamental, o direito à moradia, proteção da própria família. Por isso, peço vênias ao Ministro Relator e ao Ministro Luís Roberto Barroso para acompanhar a Ministra Rosa Weber, provendo o recurso.⁶⁰

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

4.3.2.3 Voto do Min. Luiz Fux

O Min. Luiz Fux pauta seu voto ressaltando que nos dias de hoje não é possível alugar um imóvel se não possuir um fiador. No modo de ver do Ministro, representa uma injustiça que o devedor possa ter preservado o bem de família e a fiança - que, na sua ratio histórica, era um contrato gratuito - possa sacrificar o patrimônio do devedor. Confessa nunca ter entendido tal sistemática, máxime quando a fiança não é uma fiança prestada pelo banco, sendo *intuitu personae*, é dizer, são pessoas que se prestam a ajudar as outras para que elas possam alugar um imóvel.

Ainda, relatou ter havido experiência no setor há muito tempo, e reconhece que o contrato é lavrado diretamente com o fiador. Por razões óbvias, ele não é obrigado a aceitar, mas o faz para que viabilize um terceiro a locar o imóvel. Por isso, acompanha a divergência, no sentido de decidir a favor da impenhorabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste Trabalho, pretendeu-se analisar as controvérsias decorrentes da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador proveniente de contrato de locação sob o viés da filtragem constitucional, dando ênfase ao princípio da isonomia e ao direito à moradia, presente no art. 6º da CF/88, após a EC 26/2000.

Ponderou-se acerca dos ônus e dos bônus advindos da possível impenhorabilidade do bem de família do fiador em linhas argumentativas prós e contras, levando-se em conta o distintivo presente no RE 605.709, que diferencia o contrato de locação residencial do comercial. Pesquisou-se, demais disso, reiterada opinião doutrinária no sentido de ser o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, inserido pela Lei 8.245/91, inconstitucional, mormente por ser incompatível à ótica do Direito Civil-Constitucional, este que não comporta retrocessos (chamado efeito cliquet) no tocante aos direitos fundamentais, especificamente no tocante à aplicação da horizontalidade destes quando das relações jurídicas privadas.

Através do cotejo de cada um dos votos dos ministros proferidos em Recursos Extraordinários (RE 407.688, RE 612.360 e RE 605.709) e da análise de súmula (nº 549 do Superior Tribunal de Justiça), teses a partir da sistemática de recursos repetitivos do STJ (tema nº 708/STJ) e teses sob o regime da repercussão geral do STF (tema nº 295/STF), percebeu-se a razão pela qual cada julgador é favorável ou desfavorável ao art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90.

O direito fundamental à moradia, sob o fito da proteção da própria família, não pode ser, em juízo de ponderação, preterido quando da colisão com o princípio da livre iniciativa, mormente por ter a Constituição Federal concedido especial proteção a este direito de segunda geração. Os fundamentos havidos por meio do Recurso Extraordinário 605.709-SP indicam a (possível e futura) mudança de entendimento da Corte Suprema, a quem nos concede a esperança de ir ao encontro dos preceitos constitucionais e do que defende a doutrina há anos, reconhecendo a densidade normativa do direito à moradia, através da qual não seria constitucional a penhora do bem de família do fiador decorrente de contrato de locação. Por isso, prima-se, aqui, pela inconstitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARAÚJO, Abílio Veloso de. 1ª turma do STF comete lamentável equívoco em julgamento sobre a possibilidade da penhora do bem de família do fiador na locação comercial. **Site Migalhas**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298909,91041-1turma+do+STF+comete+lamentavel+equivoco+em+julgamento+sobre+a>> Acesso em: 10 nov. 2019.

AUBRY, C.; RAU, C. **Cours de Droit Civil Français**, 4. ed., Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1871, tomo 4º, pp. 283-284.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, 2005.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Código Civil Comentado**. 5. ed. Tamboré - SP: Manole, 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

———. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

———. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

———. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 17 jan 2019.

———. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **AgInt no REsp 1533161/SP**. Rel. Min. Marco Buzzi. Data de julgamento: 23/08/2018. Data de publicação: DJe 31/08/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631928273/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1533161-sp-2014-0296253-8?ref=serp>> Acesso em: 17 jan. 2019.

———. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1.046.472/RJ**. Rel. Min. Sidnei Benetti. Data de Julgamento: 06/11/2012. Data de Publicação DJe: 07/12/2012.

———. Superior Tribunal de Justiça (4º Turma). **REsp 1299866 DF**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento 25/02/2014. Data de Julgamento: 25/02/2014. Data de Publicação.

DJe 21/03/2014. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25015878/recurso-especial-resp-1299866-df-2011-0312256-8-stj/inteiro-teor-25015879?ref=juris-tabs> > Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 332**. “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas/2012_28_capSumula332.pdf> Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3330**. DF, Relator: Min. Ayres Britto. Data de Julgamento: 03/05/2012. Tribunal Pleno. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe – 055. Divulg 12/3/2013. Public 22/03/2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807901/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3330-df-stf>> Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão do RE 407688/SP**. Rel. Min. Cezar Peluzo. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 08/02/2006. Data de Publicação: DJ 06/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>> Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão do RE 605709/SP**. Rel. Min. Dias Roffoli, Relator do acórdão: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Data de julgamento: 12/06/2018. Acórdão eletrônico DJE-032 divulg. 15-02-2019. Data de publicação: 18-02-2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>> Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 612360/ SP**. Rel. Min. Ellen Gracie. Data de Julgamento: 13/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-164 DIVULG 02/09/2010 PUBLIC 03/09/2010 EMENT VOL-02413-05 PP-00981 LEXSTF V. 32, N. 381, 2010, P. 294-300.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 549**. “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1608>> Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ac. 18a Câm. Cív., **Ap. Cív. 1.0596.05.027486-6/001(1)** - Comarca de Santa Rita do Sapucaí. Rel. Des. Elpídio Donizetti, Data de Julgamento: 10/2/2009. Data de Publicação: DJMG 17/03/09.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª Edição. Coimbra. Editora Coimbra. 2007.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É possível a penhora do bem de família de fiador de contrato de locação, mesmo quando pactuado antes da vigência da Lei nº 8.245/91, que acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei nº 8.009/90. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5fc34ed307aac159a30d81181c99847e>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Possibilidade de penhora do bem de família do fiador. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6a5889bb0190d0211a991f47bb19a777>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**, 2. ed., Madrid, Editora Tecnos S. A., 1983, vol. I, p. 97.

DONIZETTI, Elpídio. **O novo processo de execução**, 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da constituição federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 11-12.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Contratos**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Curso de direito civil: Famílias**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Luciano Chaves de. **Mínimo existencial: um parâmetro para o controle judicial das políticas sociais de saúde** – 1. edição. Editora: Fórum, 2015.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, pág. 138

MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o Princípio da Função Social dos contratos**. Disponível em: <<http://www.realeadovogados.com.br>>. Acesso em: 7 nov. 2019.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Garantias das obrigações**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Causa dos Contratos. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, n. 21 - Jan/Mar 2005, p. 100.

_____. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. 1, 1991, PUC/RJ.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**, São Paulo: Círculo do Livro, 1945.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1975, vol. III, p. 35.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POTHIER, Robert Joseph. **Oeuvres Complètes de Pothier**, vols. 5º, 6º e 13º, Paris, P. J. Langlois Librairie, S. A. Durand Librairie, 1944.

ROMANO, Rogério Tadeu. Os limites da garantia de fiança. In: **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 23, n. 5634, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69833>. Acesso em: 8 nov. 2019.

SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. In: **Revista da Emerj**, v. 6, n. 23, p. 271-297, 2003.

———. O Princípio Republicado nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva. In: **Revista da Emerj**, v. 20, n. 3, set./dez. 2018. p. 296-318.

———. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: **Revista de Direito do Estado**, p. 83-118, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional: anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2005.

SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos (coords.). **Direito Civil – Constitucional**. Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Da inconstitucionalidade da penhora do bem de família por obrigação decorrente de fiança em contrato de locação. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, abr./jun. 2000.

SOUZA, Jessé de. A gramática social da desigualdade brasileira. In: Jessé de Souza (Org.). **A Invisibilidade da Desigualdade Brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 31.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense, São Paulo: Método, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o direito civil constitucional. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 13, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, Forense, Rio de Janeiro, 2003.