

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO
ORDENAMENTO JURÍDICO**

Maiara Aparecida Galdino dos Santos

Presidente Prudente/SP
2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO
ORDENAMENTO JURÍDICO**

Maiara Aparecida Galdino dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente/SP
2012

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê”.

Arthur Schopenhauer

Dedico este trabalho aos meus avós, Antônio e Luzia, aos meus padrinhos, Cláudia, Nair e José Leonildo, e especialmente aos meus pais, João e Jandira, esteio de toda minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor e amigo, Francisco José Dias Gomes, pela sabedoria compartilhada ao longo deste ano, paciência, dedicação e enriquecedor aprendizado.

À minha amiga, prima e madrinha, Cláudia, por todo carinho, apoio e indescritível companheirismo em toda minha vida.

Aos meus pais, João e Jandira, por todo amor, incentivo, compreensão e confiança cedidos durante toda minha existência.

Aos professores Fabiana Junqueira Tamaoki e Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, por me darem a honra de tê-los como integrantes da banca examinadora.

E àqueles que de alguma forma contribuíram para a conclusão deste trabalho, especialmente a *Deus*, por me permitir realizá-lo.

A todos, meu sincero agradecimento.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador prevista pela Lei 8.009/1990 em seu artigo 3º, inciso VII, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em relação aos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como o direito à moradia, o princípio da isonomia e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Em razão da divergência doutrinária e jurisprudencial em torno da constitucionalidade da exceção prevista pelo legislador após o advento da Emenda Constitucional nº 26, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais, o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição, se manifestou a respeito do tema reconhecendo a constitucionalidade da exceção constante na Lei. Neste contexto, o presente trabalho explora o posicionamento do Egrégio Tribunal nos autos do Recurso Extraordinário (RE) 407.688/SP, julgado em 08 de fevereiro de 2006, e ratificado em 2010, nos autos do RE 612.360/SP, na tentativa de rechaçar os argumentos utilizados pelos nobres ministros, vez que efetivamente a exceção prevista pelo legislador viola de modo significativo o direito social e fundamental à moradia, e, por consequência, o próprio texto constitucional em sua soberania.

Palavras-chave: Bem de família. Impenhorabilidade. Contrato de Fiança. Contrato de Locação. Princípios Constitucionais. Direito à Moradia.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the exception of unseizability the well of family of the guarantor provided by Law 8.009 /1990, in his article 3, section VII, the light of the brazilian legal system, especially in relation to fundamental principles and rights constitutionally guaranteed, as the right to housing, the principle of isonomy, and, above all, the principle of human dignity. Due to the divergence doctrinal and jurisprudential around the constitutionality of the exception provided by the legislature after the advent of Constitutional Amendment no. 26, which included the right to housing in the list of social rights, the Federal Supreme Court, in condition of guardian of the Constitution, if expressed regarding the subject recognizing the constitutionality of the exception set out in Law. In this context, the present aims explore the positioning of Honorable Court in the case of Extraordinary Appeal (RE) 407.688/SP, judged on February 8, 2006, and ratified in 2010, in the records of the RE 612.360/SP in an attempt to reject the arguments used by the noble ministers, since effectively the exception provided by the legislature significantly violates the fundamental and social right to housing, and therefore, the constitutional text itself on its sovereignty.

Keywords: Well of Family. Unseizability. Contract of Guarantee. Lease. Constitutional Principles. Right to Housing.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA	11
2.1 Origem.....	12
2.1.1 Bem de família no Direito Romano.....	12
2.1.2 Bem de família nos Estados Unidos.....	13
2.1.3 Bem de família no Brasil.....	16
2.2 Conceito	16
2.3 Elementos e Características.....	17
2.4 Espécies.....	18
2.4.1 Bem de família voluntário ou convencional	19
2.4.2 Bem de família legal.....	20
2.5 Efeitos	21
2.5.1 Impenhorabilidade.....	22
2.5.2 Inalienabilidade	26
3 O CONTRATO DE FIANÇA	28
3.1 Conceito	29
3.1.1 Distinção entre fiança e aval	30
3.2 Natureza Jurídica e Características	31
3.3 Espécies.....	34
3.4 Efeitos	36
3.4.1 Benefício de ordem	37
3.4.2 Benefício de divisão	38
3.4.3 Benefício de sub-rogação.....	40
3.4.4 Benefício de exoneração.....	42
3.5 Extinção da Fiança.....	43
4 FIANÇA E O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NA LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA	46
4.1 O Contrato de Locação	46
4.2 Locação Imobiliária Urbana.....	48
4.3 (In)Constitucionalidade da Penhora do Bem de Família do Fiador por Obrigação Decorrente de Fiança Concedida em Contrato de Locação.....	52
4.3.1 Direito social à moradia.....	52
4.3.2 Princípio da isonomia	54
4.3.3 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana.....	56
4.4 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF)	58
4.5 Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador e o Ordenamento Jurídico	64
4.6 Atual Panorama Jurisprudencial.....	70
5. CONCLUSÃO	73
BIBLIOGRAFIA	76

1 INTRODUÇÃO

A todo momento são realizados contratos, sejam onerosos, gratuitos, bilaterais, unilaterais, solenes, não solenes, dentre outras características. Especialmente os contratos onerosos e bilaterais, correspondem à prestação e contraprestação de uma obrigação, assim, uma realidade tão frequente merece ser explorada.

O Código Civil e a legislação esparsa trazem a previsão de vários contratos, entre eles, o contrato de fiança e o de locação, objetos de estudo do presente trabalho.

Em face da liberdade de contratar, é frequente a realização de contratos, bem como, não raras vezes, a inadimplência dos contratantes, o que motiva o legislador a criar mecanismos que visem assegurar o adimplemento das obrigações pactuadas, e estabilizar, ainda que minimamente, as relações jurídicas contratuais.

Um dos contratos que tem por finalidade assegurar o adimplemento de outro é o contrato de fiança, que vincula o contratante a responder pelo inadimplemento do devedor principal com todo seu patrimônio, inclusive, no caso da locação, com seu imóvel bem de família juridicamente protegido, que representa além da propriedade familiar, a especial proteção do Estado conferida à família e a exteriorização do direito à moradia constitucionalmente assegurado, vez que nos termos da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e impõe ao Estado o dever de coibir ações que atentem contra o seio familiar.

A efetiva conquista social do instituto do bem de família, reconhecido em vários ordenamentos jurídicos, corresponde ao imóvel da entidade familiar, em regra, inalienável e impenhorável.

Pois bem, se a essência do bem de família reside no peculiar amparo conferido à entidade familiar, sobretudo, na concretização do direito fundamental e social à moradia, há sentido que o contrato de fiança, no caso da locação, excepcione a regra de impenhorabilidade desse bem? Na hipótese de fiança concedida em contrato de locação, é constitucional que o fiador tenha seu imóvel

bem de família penhorado? Essa previsão abraçada pelo legislador realmente não ofende a Constituição Brasileira, conforme entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que tem por princípio fundamental inerente ao Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana?

Com o fito de ponderar sobre tais questionamentos, o trabalho realizado foi dividido em três capítulos, destinando-se os dois primeiros a explicar no que consiste a instituição do bem de família e o contrato de fiança, abordando-se as características, espécies e, principalmente, os efeitos de cada instituto; e o terceiro capítulo, destinado a explicar a controvérsia em torno do tema e possíveis violações ao ordenamento jurídico brasileiro, as correntes existentes e seus respectivos argumentos, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e o atual panorama jurisprudencial.

Os recursos utilizados como referencial bibliográfico para elaboração do presente, se resumem às leis, súmulas, enunciados, jurisprudências e obras de estudiosos doutrinadores como Álvaro Villaça Azevedo, Flávio Tartuce, Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Fernando Simão, José Rogério Cruz e Tucci, José Fernando Lutz Coelho, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Claudio Luiz Bueno de Godoy, Luiz Alberto David Araujo, Alexandre de Moraes, dentre outros.

Em relação à metodologia aplicada, foram empregados os métodos dedutivo, que analisa as informações obtidas através de pesquisas, partindo do todo para uma situação específica, e comparativo, com a comparação das posições doutrinárias divergentes quanto à inconstitucionalidade da exceção prevista pelo legislador.

Portanto, sem pretensão de esgotar o tema, pode-se afirmar que este trabalho apresenta aos leitores um panorama geral acerca da problemática existente em torno do imóvel bem de família do fiador, propiciando ao leitor elementos para que possa refletir e se filiar a corrente que entender mais equânime e, acima de tudo, não violadora de garantias minimamente asseguradas, como o direito à moradia e proteção à dignidade da pessoa humana.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA

Atualmente, o Direito de Família pode ser entendido como um ramo do Direito Civil que compreende o estudo de sete institutos jurídicos, quais sejam: I) casamento; II) união estável; III) relações de parentesco; IV) filiação; V) alimentos; VI) tutela, curatela e guarda; e VII) bem de família.

As normas de Direito de Família, em regra, são cogentes, de ordem pública, e estão diretamente relacionadas ao direito existencial, de modo que fazem parte da própria concepção da pessoa humana.

Em relação aos seus efeitos, conforme aduzem Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 120), “diante da natureza dessas normas, pode-se dizer que é nula qualquer previsão que traga renúncia aos direitos de origem familiar, ou que afaste normas que protegem a pessoa”.

Desse modo, em relação às normas de Direito Público, qualquer previsão contrária à proteção concedida pelo legislador, nessa seara, deve ser em regra desconsiderada e jamais produzir efeitos.

Ocorre que o Direito de Família também traz normas de ordem privada, como as questões de cunho patrimonial, logo, em relação a estas se permite que a autonomia privada as confronte ou contrarie.

Pode-se dizer que no âmbito do Direito de família as normas públicas refletem o direito existencial (ou pessoal), enquanto as normas privadas normalmente regulam o direito patrimonial, e compreendem todo o Direito Privado.

Nesse diapasão, o que se infere é que o bem de família, como componente do Direito de Família, é regulado por normas, em regra, de ordem pública, e que assim não podem ser modificadas pela vontade dos interessados.

O bem de família tem previsão desde o Código Civil de 1916, quando era tratado na Parte Geral, atualmente, encontra-se previsto no livro “Do Direito de Família”, título II, artigos 1.711 a 1.722, e na Lei 8.009, de 29 de março de 1.990.

À luz do Direito Civil Constitucional, o bem de família além de ser objeto de proteção da propriedade e da família em si, tem um alcance muito maior,

qual seja, proteger a dignidade da pessoa humana e sua moradia como direitos fundamentais.

Traçadas essas considerações, cabe a análise da evolução desse instituto.

2.1 Origem

O bem de família, como instituto que se pauta na defesa da instituição familiar, é reconhecido e tratado em vários ordenamentos jurídicos com particularidades próprias de cada Estado, o que torna necessário a realização de um breve estudo histórico acerca de sua instituição e modificações.

2.1.1 Bem de família no Direito Romano

Ensina Álvaro Villaça Azevedo (2002, p.21), que com o sentido técnico dado ao bem de família atualmente, como um instituto moderno para proteção da família, alguns doutrinadores entendem pela inexistência do bem de família no Direito Romano, e outros, contrariamente, pela existência do bem quando da adoção da cláusula de inalienabilidade. Entenda-se.

No período da República Romana, todo patrimônio da família tinha caráter de inalienabilidade, em razão do princípio da perpetuação dos bens dos antepassados (que eram considerados sagrados). Posteriormente, com as mudanças sofridas pela sociedade e com as alterações nas famílias romanas, fez-se necessário proteger o patrimônio familiar, assim, originariamente em testamentos, criaram-se às cláusulas de inalienabilidade, que, como o fideicomisso romano, espécie de substituição testamentária na qual o herdeiro, conhecido como fiduciário, obrigava-se a transferir o bem recebido em herança a outrem, denominado fideicomissário, expressava uma forma de proteção à instituição familiar (Wikipédia, 2012).

Nesse sentido, Édouard Cuq (1928 apud Álvaro Villaça Azevedo, 2002, p. 22) dispõe que:

Como os legados, os fideicomissos podem ser feitos em proveito de muitas pessoas, conjunta ou sucessivamente, sendo certo que uma das aplicações mais originais desse último caso é o fideicomisso de família. Este faz-se em benefício dos membros da família, que o testador designou (agnados ou cognados), ou dos libertos. Por sua morte, o fideicomisso passa a seus filhos; se morrerem sem descendência, chamam-se as pessoas que levam o nome do defunto à época de sua morte. O objeto do fideicomisso de família não pode ser alienado em proveito de um estranho, nem por ato entre vivos, nem *causa mortis*. Em caso de infração dessa regra, qualquer membro da família pode reclamar, concedendo-se preferência ao que for de grau mais próximo, se ele estiver disposto a prometer a restituição desse objeto à família. Os membros da família, por outro lado, podem renunciar a seu direito, participando da venda ou aprovando os que tomaram essa iniciativa. (Original não grafado)

Assim, embora o bem de família, tal qual conhecemos hoje, não existisse no Direito Romano, o fideicomisso de família nitidamente demonstra a proteção que já era conferida à unidade familiar.

Portanto, pode-se concluir que desde o período romano, com a perpetuação dos bens em uma família e, especialmente com a criação das cláusulas de inalienabilidade, têm-se as primeiras lições acerca da defesa do patrimônio familiar.

2.1.2 Bem de família nos Estados Unidos

Como visto, no Direito Romano surgiram as primeiras pinceladas em torno do tema, contudo, pode-se afirmar que a origem do bem de família ocorreu na República do Texas, que foi sem dúvida a pioneira a lhe conferir tratamento jurídico específico.

No Direito Americano, o bem de família passa a ser reconhecido como uma pequena propriedade residencial e agrícola destinada à proteção da família, sendo impenhorável e inalienável, conforme previsão legal.

Sua incorporação nos Estados Unidos ocorreu apenas em 1845, com a Lei *Homestead Exemption Act* de 1839. Nesse período, os Estados Unidos era um

país pobre, a espera de civilização e com solo fértil, o que possibilitou o desenvolvimento da agricultura e do comércio.

Com esse desenvolvimento, que ocorreu de forma célere e gradativa, houve um forte avanço na economia do país. Bancos da Europa começaram a migrar para essa região, e assim, por meio das operações bancárias realizadas à época, a economia americana alavancou.

No entanto, em 1830, com o descontrole da emissão de dinheiro e a especulação desmedida, com pedidos de empréstimos cada vez maiores, surgiu uma grande crise econômica, que Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 26) bem retratou ao dizer que a sociedade acabou por criar a “ilusão dourada do lucro fácil que os levou além da realidade”.

No ritmo com que a sociedade começou a abusar dos empréstimos, como esperado, pairou-lhes uma grande crise econômico-financeira nos anos de 1837 a 1839, inicialmente com a falência de um banco de forte expressão em Nova Iorque, que deflagrou a crise.

Apenas em um ano (1839), a crise foi capaz de gerar o fechamento de novecentos e cinquenta e nove bancos, constatando-se, ao final, trinta e três mil falências, com perda estimada em quatrocentos e quarenta milhões de dólares, o que abalou expressivamente as estruturas da civilização americana.

Nesse período, as quebras eram contínuas e capazes de atingir as famílias da época, que de repente se viram desabrigadas econômica e financeiramente, pois nesse mesmo momento, com execuções constantes, inclusive por valores irrisórios, as penhoras eram realizadas em massa sobre os bens dos devedores.

Nessa seara, muitos americanos visando reconstruir seus lares em um local mais promissor, que lhes conferissem maiores garantias e proteção, cientes da política do Governo Texano, que oferecia proteção, vantagem e garantias a seus cidadãos, emigraram para a República do Texas. Todavia, essa emigração foi tão expressiva que, em dado período, a população do Texas era praticamente composta por americanos.

Com a Constituição do Texas de 1836, o instituto do bem de família começou a ganhar forma, já que a Constituição permitia aos cidadãos, chefes de família, obterem um pequeno pedaço de terra junto ao Governo.

Alguns anos depois, em 1839, promulgou-se a Lei do *Homestead*, que quer dizer “local do lar”, uma lei em defesa da propriedade familiar, que considerava a casa uma espécie de local sagrado. A propriedade que atingisse 50 acres de terra (rural ou lote urbano), seus móveis, utensílios, melhoramentos, instrumentos, ferramentas de trabalho e animais como vacas, bois, cavalos e porcos, desde que respeitassem o limite quantitativo e valorativo definidos em lei, estariam livres de qualquer execução judicial. Assim, pode-se afirmar que, com o advento desta lei, criou-se a ideia da impenhorabilidade para determinados bens imóveis e móveis.

A Lei do *Homestead* foi efetivamente implantada em território americano entre os anos de 1849 a 1870, e estipulou três requisitos essenciais para a proteção do bem de família: I) existência de direito sobre bem imóvel, representado por um título que legitimasse a situação juridicamente; II) que o titular desse direito fosse o chefe da família (entenda-se aqui aquele que servisse como base familiar); e III) efetiva ocupação do imóvel pela família.

Em relação ao primeiro requisito, a exigência que se fazia era que existisse um título de propriedade ou de qualquer outro direito sobre o bem imóvel.

O segundo, que o titular desse direito fosse o chefe da família, que, segundo Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 33), compreendia todo aquele que ostentasse a condição de “cabeça do casal”, em outros termos, o responsável por prover as necessidades de uma família.

O terceiro requisito, automaticamente explicativo, exigia a ocupação do imóvel pela família para que o mesmo fosse concebido como um asilo inviolável, cuja proteção, até os dias de hoje, tornou-se imprescindível para o seio familiar.

Assim, conclui-se que o instituto do *Homestead* como proteção de impenhorabilidade à propriedade, foi previsto originariamente na República do Texas, e, posteriormente estendido e implantado nos Estados Unidos, onde manteve a proteção dos abrigos familiares em face das execuções movidas à época.

2.1.3 Bem de família no Brasil

Considerando que no Direito Romano tem-se as primeiras lições acerca do bem de família, e na Republica do Texas, em 1839, seu posterior implemento positivado, neste tópico se conhecerá o instituto à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Embora ausente no projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua, o instituto do bem de família, que já havia sido objeto de previsão por outros juristas, foi incluído no Código por meio de emenda apresentada pelo Senador presidente da Comissão do Senado, Feliciano Penna, inicialmente no livro das pessoas e, logo após severas críticas, no livro dos bens, nos artigos 70 a 73.

Como a posição onde constavam os dispositivos (livro dos bens), ainda era objeto de objeções por parte de alguns doutrinadores, Silvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro, baseados no pensamento de Clóvis Beviláqua, defendiam a inserção dos respectivos artigos na Parte Especial do Código destinada ao Direito de Família, alegando quebra da harmonia do sistema com a inserção deste instituto no livro destinado à classificação dos bens.

Assim, em 1965, visando conter tais críticas Orlando Gomes tentou conferir tratamento específico ao bem de família e, em seu projeto para um novo Código Civil Brasileiro, o incluiu no livro II, referente ao Direito de Família.

Em 2002, com o surgimento do atual Código Civil, o bem de família acertadamente é tratado no âmbito do Direito de Família, em especial, no título referente aos direitos patrimoniais (título II), nos artigos 1.711 a 1.722.

2.2 Conceito

Conforme conceitua Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 93), “o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável”.

Portanto, o bem de família representa o imóvel destinado à residência familiar, à proteção da pessoa humana que necessita do direito fundamental e social à moradia.

Trata-se de um bem juridicamente protegido pelo Estado, que não permite, em regra, que sobre ele recaia qualquer responsabilidade pelo inadimplemento de obrigações, exceção, portanto, à regra geral prevista no Código Civil, que permite que todos os bens do devedor respondam pelo inadimplemento das obrigações¹.

Por fim, essa proteção conferida ao bem de família abrange além do imóvel destinado à entidade familiar, o bem imóvel residência de pessoa separada, viúva e solteira, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado na Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça².

2.3 Elementos e Características

O bem de família pode ser constituído pela família composta por pais, pais e filhos, pelos filhos e apenas um dos pais, pelos irmãos que coabitam o imóvel familiar, além de outras composições sociais admitidas pela doutrina e jurisprudência.

Conforme prevê o Código Civil Brasileiro, são elementos que integram o bem de família: o casal representado pelos cônjuges ou conviventes, a entidade familiar e a propriedade residencial destinada ao domicílio familiar, sendo que compreende além do bem imóvel, determinados bens móveis, conforme será visto mais adiante.

O bem de família pode ser legal ou involuntário, regulamentado pela Lei 8.009/1990, ou, voluntário ou convencional, disciplinado pelo Código Civil. Trata-se de duas espécies de bem de família que embora coexistam no ordenamento,

¹ Art. 391 – Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

² Súmula 364 - O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

impedem que as regras de um, a princípio, sejam aplicáveis ao outro, salvo quando existente expressa disposição em sentido permissivo.

2.4 Espécies

Nos termos dos artigos 1º e 5º da Lei 8.009/1990 e artigo 1.711 do Código Civil, têm-se duas espécies de bem de família, quais sejam, legal e voluntário:

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. (Original não grafado)

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

Art. 1.712 - O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicilio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. (Original não grafado)

Quando o bem de família for o único imóvel residencial urbano ou rural próprio do casal ou entidade familiar e destinado ao domicilio familiar, configurará o bem de família legal, previsto pela Lei 8.009/1990, que dispõe sobre sua impenhorabilidade.

Contudo, quando a entidade familiar ou o cônjuge por meio de escritura pública ou testamento destinar fração de seu patrimônio para instituição do bem de família, ter-se-á a figura do bem de família voluntário ou convencional, previsto pelo Código Civil, em seus artigos 1.711 a 1.722.

Assim, em razão da dualidade, a questão merece uma análise mais aprofundada, conforme tópico a seguir.

2.4.1 Bem de família voluntário ou convencional

Define-se como bem de família voluntário ou convencional, aquele instituído pelos cônjuges ou entidade familiar através de escritura pública ou testamento. Ou ainda, na forma que preceitua o parágrafo único do artigo 1.711 do Código Civil, aquele instituído por terceiro em doação ou testamento, quando da aceitação dos cônjuges ou entidade familiar beneficiada.

Nos termos do “caput” do artigo 1.711, para instituir o bem de família voluntário, os cônjuges ou entidade familiar devem observar o valor do bem, que não poderá exceder a um terço do patrimônio líquido existente à data da instituição (para proteger eventuais credores). E para ser protegido pela lei, e, principalmente, produzir efeitos, é necessário que o bem consista em prédio residencial urbano ou rural, seja devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis e destine-se ao domicílio familiar, nos termos dos artigos 1.712 e 1.714.

Da legislação em vigor, infere-se que essa proteção abrange tanto bens imóveis quanto móveis, como os valores mobiliários e as pertenças e acessórios que guarnecem o bem, por exemplo.

Para Flávio Tartuce (2010, p. 297), “com a instituição do bem de família convencional ou voluntário, o prédio se torna inalienável e impenhorável”, ressalvadas apenas as exceções previstas pelo artigo 1.715 (dívidas posteriores à instituição do bem, provenientes de tributos relativos ao prédio ou despesas de condomínio), que não podem ser confundidas com as exceções previstas para o bem de família legal, regulamentado pela Lei 8.009/1990.

Deste modo, conclui-se que quando a parte final do “caput” do artigo 1.711 expressamente declara que são mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do bem de família estabelecidas em lei especial, refere-se ao imóvel que, apesar de instituído como bem de família voluntário, caracterize-se como bem de família legal, vez que isso é perfeitamente possível, como por exemplo, uma família bem sucedida que posteriormente perde tudo, exceto o bem de família constituído, que nesta situação hipotética passa a ser considerado também bem de família legal.

No que concerne à extinção do bem, nos termos dos artigos 1.721 e 1.722, o legislador prevê que o bem de família voluntário será extinto com o falecimento de ambos os cônjuges ou apenas um deles, hipótese em que o outro poderá pedir a extinção do bem de família se for o único bem do casal, e com a maioria dos filhos, desde que não sujeitos à curatela.

Em relação à dissolução da sociedade conjugal, é importante dizer que esta não tem o condão de ser causa de extinção do bem de família, salvo, como mencionado acima, com o evento morte de um dos cônjuges e desde que este seja o único bem do casal e assim deseje o cônjuge sobrevivente.

2.4.2 Bem de família legal

Inicialmente, cumpre dizer que a proteção conferida ao bem de família legal constitui proteção do direito social e fundamental à moradia previsto constitucionalmente no artigo 6º da Constituição Brasileira.

Regulado pela Lei 8.009/1990, essa modalidade vem prevista em seu artigo 1º como norma de ordem pública, fundamental à proteção da família e, acima de tudo, à condição de pessoa humana.

Define-se como sendo o imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, contraído pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

O bem de família legal tem como característica essencial sua impenhorabilidade por qualquer dívida, salvo as exceções previstas pelo legislador no artigo 3º da lei em comento, que serão vistas de forma mais detalhada a seguir.

Para Marcione Pereira dos Santos (2003, p. 161):

[...] é possível conceituar o bem de família legal como sendo o bem imóvel, rural ou urbano, que sirva de residência, bem como os móveis quitados do lar, de propriedade do casal ou da entidade familiar, sobre os quais não poderá incidir a penhora, por expressa determinação da lei, salvo as exceções. (Original não grafado)

Pela definição do doutrinador e com a leitura conjunta dos artigos 1º e 5º da Lei em análise, é possível identificar o bem de família legal como sendo o único imóvel, urbano ou rural, do casal ou entidade familiar, ou no caso da família possuir vários imóveis, o de menor valor (quando não existir a constituição do bem de família voluntário), nos termos do parágrafo único do artigo 5º. Ressalvada a proteção conferida ao imóvel da pessoa solteira utilizado para residência, que também goza da regra da impenhorabilidade, salvo, como já dito, as exceções do artigo 3º, visto ter finalidade de proteger acima da família, a própria pessoa humana.

A impenhorabilidade prevista pela Lei 8.009/1990, por se tratar de norma de ordem pública, tem eficácia retroativa, aplicando-se à penhora realizada antes da vigência da lei, de acordo com a Súmula 205 do Superior Tribunal de Justiça³.

Em suma, o bem de família legal independe de registro, pois é uma proteção automática conferida por lei especial, que traz a impenhorabilidade como efeito fundamental inerente ao próprio instituto. Ao passo que o bem de família convencional, respeitada as exigências legais para sua instituição, é constituído por ato voluntário pelos cônjuges ou terceiros e necessita de prévio registro.

2.5 Efeitos

Após as considerações traçadas, principalmente quanto à conceituação do bem de família e sua origem, em razão da relevância do tema na sociedade se faz imprescindível o estudo dos seus efeitos, que continuamente são objetos de indagações pelos doutrinadores.

³ Súmula 205 - A lei nº 8.009/1990 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência.

2.5.1 Impenhorabilidade

Por motivos ético-sociais, o legislador prevê que o bem de família ainda que disponível, seja impenhorável, salvo as exceções previstas na lei. Neste sentido, impenhorabilidade consiste no reconhecimento conferido pelo Estado ao bem de família como bem inapto a sofrer constringências por dívidas.

Considerada o principal efeito decorrente da instituição do bem de família, a impenhorabilidade recai sobre o imóvel e, via de regra, sobre os bens móveis que guarnecem o bem, como as pertenças, acessórios e valores mobiliários, salvo as hipóteses de adornos suntuosos.

No bem de família convencional, a impenhorabilidade decorre do registro de constituição do bem, que o torna isento de penhora, de modo que credores posteriores ao registro não podem se valer desse bem para o adimplemento de seus créditos, salvo exceções legais que implicam na relativização desse efeito, conforme artigo 1.715, que *in fine* dispõe: “o bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio”.

Veja que o legislador expressamente apresenta como exceção à regra da impenhorabilidade a dívida decorrente de tributos⁴ relativos ao prédio e às despesas condominiais. No que concerne ao tributo, à exceção se justifica em razão do interesse público envolvido, da preponderância do interesse coletivo sobre o interesse particular. Em relação às despesas condominiais, por serem dívidas oriundas de obrigações consideradas *propter rem*, que são aquelas obrigações inerentes à própria coisa, *in casu*, ao próprio imóvel, independente de quem seja seu proprietário, o débito oriundo destas despesas não pode ser imputado ao devedor ou sua família, senão ao próprio bem, razão pela qual se justifica não incorrer na regra da impenhorabilidade.

Contrario sensu à interpretação literal do dispositivo, pode-se concluir que em se tratando de dívidas anteriores à instituição do bem, a regra da impenhorabilidade também não se justifica, pois o objetivo de constituir o imóvel em

⁴ Entendam-se todas as espécies do gênero tributo, que conforme artigo 5º do Código Tributário Nacional compreende impostos, taxas e contribuições de melhoria.

bem de família voluntário é resguardar o patrimônio familiar (desde que inexistam riscos de insolvência do instituidor) em relação a eventuais dívidas futuras, e não fraudar credores, ou seja, além da dívida ser anterior à instituição, para se falar na exceção à impenhorabilidade é necessário que quando da instituição do bem, o patrimônio restante do instituidor não seja suficiente para quitação do crédito, existindo assim a insolvência, pois do contrário, ainda que o crédito seja anterior à instituição, a regra da impenhorabilidade prevalecerá.

No bem de família legal, conforme dito em linhas anteriores, a Lei 8.009/1990 trouxe disposições sobre sua impenhorabilidade. Consoante determina a lei especial, o imóvel residencial da família, bem como os móveis quitados que o garante, inclusive, equipamentos de uso profissional e benfeitorias, integram o bem de família, e por consequência, gozam da mesma impenhorabilidade.

Entretanto, como ocorre no bem de família convencional, no bem de família legal esta impenhorabilidade também não é absoluta, pois enfrenta exceções sobre determinadas dívidas e bens, que, por estarem em desacordo com a finalidade social da lei, são suscetíveis de constrição, como por exemplo, móveis suntuosos ou em duplicidade, que nas palavras de Marcione Pereira dos Santos (2003, p. 205):

Há que se ressaltar, todavia, que nessa categoria de bens móveis impenhoráveis somente se inserem aqueles que, habitualmente, compõem a residência da família, excluídos os suntuosos e de ornamento, que representem um *plus valia* no patrimônio do devedor e, como tal, são aptos a garantir as dívidas dos credores.

Conforme bem coloca o doutrinador, os bens em questão representam um *plus valia* no patrimônio, ou seja, a existência de patrimônio apto para cumprimento das obrigações, logo, por essa razão se justifica a penhora.

Além disso, da leitura dos parágrafos únicos dos artigos 1º e 2º da lei em estudo, é possível aferir que o benefício da impenhorabilidade alcança todas as famílias, independente do status econômico que possuam.

Art. 1º [...]

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

Art. 2º [...]

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

Explica-se. A finalidade da impenhorabilidade é proteger a moradia familiar, de modo que a condição econômica da família é questão que não merece atenção, pois, do contrário, ter-se-ia ofensa ao princípio constitucional da isonomia em razão da má interpretação do intérprete.

A lei também traz a expressão “benfeitorias de qualquer natureza”, e no Código Civil temos a previsão de três espécies de benfeitorias, quais sejam: úteis, necessárias e voluptuárias. Assim, em princípio, entende-se que todas as benfeitorias estão abrangidas pelo dispositivo, o que não é uma interpretação totalmente correta, pois, úteis são benfeitorias que facilitam o uso da coisa, necessárias são benfeitorias imprescindíveis à manutenção da coisa, e voluptuárias são aquelas que tornam a coisa mais agradável, sem aumentar seu uso habitual, geralmente são consideradas como decoração ou enfeites.

Em relação às benfeitorias úteis e necessárias se aceita a abrangência da impenhorabilidade, contudo, quanto às benfeitorias voluptuárias, é preciso identificar se estas podem ser levantadas sem alteração da substância do imóvel. Se impossível a remoção, as benfeitorias voluptuárias integrarão a impenhorabilidade, do contrário, serão passíveis de penhora.

Outra observação importante refere-se à proteção conferida pelo legislador aos bens móveis quitados que guarnecem a residência de imóvel locado (artigo 2º, parágrafo único), inovação legislativa, uma vez que o bem de família voluntário não estende este benefício ao locatário. Neste ponto, dando interpretação extensiva à lei, pode-se entender igualmente pela locação, institutos assemelhados como o comodato, por exemplo.

No tocante à expressão “móveis quitados”, é importante mencionar que quando ainda em pagamento ou quando ocorre inadimplemento no pagamento dos

mesmos, apenas o credor pendente da quitação tem o direito de penhora sobre esses bens, demais credores não fazem jus deste benefício.

Como anteriormente dito, essa impenhorabilidade não é absoluta, considerando que o próprio legislador nos artigos 2º e 3º da Lei, traz exceções à regra quando exclui proteção a veículos de transporte, obras de arte, adornos suntuosos e estabelece sete hipóteses de execuções que permitem a penhora do bem de família para satisfação do crédito dos credores, quais sejam: I) execuções por créditos trabalhistas; II) execução por crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição de imóvel; III) execução por crédito decorrente de pensão alimentícia; IV) execução por crédito decorrente de impostos, taxas e contribuições devidas em função do imóvel; V) hipoteca; VI) execução de sentença penal condenatória ou quando o bem é adquirido como produto de crime; e VII) obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Sobre os veículos, cumpre dizer que a penhora não atinge instrumentos de trabalho ou profissão, uma vez que o dispositivo deve ser interpretado em conjunto ao artigo 649, inciso V, do Código de Processo Civil, que trata da impenhorabilidade absoluta de tais bens.

Quanto às hipóteses de execuções que possibilitam a penhora do bem de família, dada sua frequente utilidade prática, o presente trabalho atenta-se ao estudo do inciso VII, acrescido à Lei 8.009/1990 pela Lei 8.245/1991, conhecida popularmente como “a Lei do Inquilinato”, que dispõe sobre a locação dos imóveis urbanos.

Inicialmente, cumpre-se mencionar que ao mesmo tempo em que a Lei 8.009/1990 confere proteção aos bens móveis quitados pelo locatário, desprotege o fiador, que assumindo uma obrigação meramente acessória pode sofrer a penhora de seu único imóvel destinado à moradia familiar, ao passo que o devedor afiançado, real inadimplente, não pode sofrer tal constrição⁵.

Posto isso, conclui-se que o efeito da impenhorabilidade tem aplicação distinta em ambas as modalidades do bem de família, porquanto o bem de família voluntário é regulado pela regra da impenhorabilidade prevista no Código Civil, e o

⁵ Assunto abordado detalhadamente no tópico 4.

bem de família legal pela Lei 8.009/1990, que como verificado, tem peculiaridades próprias.

2.5.2 Inalienabilidade

Nos termos do artigo 1.717 do Código Civil, que dispõe que os bens constituídos como bem de família “não podem ter destino diverso do previsto no artigo 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público”, tem-se o segundo efeito do bem de família, qual seja, a inalienabilidade.

Inalienabilidade decorre da própria finalidade do bem em destinar-se ao domicílio familiar, assim, apenas em situação excepcional e com autorização dos interessados pode ocorrer à alienação do bem de família.

Verifica-se que o legislador, da forma que limitou a impenhorabilidade, assim o fez com a inalienabilidade, condicionando a alienação do imóvel, bem de família voluntário, ao “consentimento dos interessados”.

Da análise do artigo 1.716⁶ do Código Civil, é possível identificar que os interessados mencionados pelo dispositivo legal referem-se aos filhos menores e ao cônjuge (diverso do alienante).

Os filhos menores se justificam pela proteção conferida à entidade familiar, na qual o legislador, atento, não permite que se coloque em risco a proteção juridicamente conferida ao direito de moradia dos filhos, por ato de seus genitores.

De tal modo, ao menor é designado curador especial para representar seus interesses, já que nessa hipótese, os interesses dos pais (em regra primeiros responsáveis pela representação), podem ser antagônicos ao do menor e, eventualmente, este pode ser prejudicado, assim, como solução, com o intuito de evitar declarações de nulidade ou anulabilidade do ato de alienação, o legislador trouxe a representação através de curador⁷.

⁶ Art. 1.716 – A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade.

⁷ Art. 1.692 – Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial.

Em relação ao cônjuge, a lei se refere à outorga uxória⁸, prevista no artigo 1647, inciso I, do Código Civil de 2002, com a finalidade de proteger o patrimônio do casal e, por consequência, o próprio seio familiar.

No que concerne à atuação do Ministério Público, este, quando não atua como parte, atuará como fiscal da lei. *In casu*, por existir interesse de menor envolvido, por expressa previsão legal, sempre intervirá.

Nessa seara, conclui-se que havendo regular anuência dos interessados, permite-se a alienabilidade.

Do exposto, extrai-se que o efeito da inalienabilidade é um efeito relativo, visto que a lei implicitamente permite a alienabilidade; que tem aplicação apenas no bem de família convencional ou voluntário, já que sua regulamentação é específica para esta espécie; e que na realidade, o que se exige são condições para o exercício da alienabilidade, dentre elas, a manifesta necessidade de se proceder, quando pertinente, à oitiva do Ministério Público.

⁸ Outorga uxória ou autorização marital, é a necessidade de que o cônjuge não participante da celebração de um contrato, por exemplo, expressamente autorize a realização do negócio jurídico. A outorga uxória é expressamente prevista pela Lei nas hipóteses constantes do artigo 1.647 do Código Civil, sendo dispensada apenas quando os cônjuges forem casados em regime de separação absoluta de bens.

3 O CONTRATO DE FIANÇA

A fiança é um instrumento de garantia de adimplemento das obrigações, caracteriza uma espécie de segurança em favor do credor, e conforme J. M. Othon Sidou (2000, p. 01-02), sempre que existir uma espécie de segurança prestada para assegurar o cumprimento de uma obrigação por parte do devedor, esta receberá o nome genérico de caução, e poderá ser real ou pessoal.

Portanto, caução é assegurar algo, representa uma garantia que pode ser concretizada através de um bem móvel ou imóvel pertencente ao próprio devedor ou a terceiro, hipótese que caracteriza o gênero denominado caução real, bem como através de simples promessa de terceiro alheio ao contrato, o que caracteriza a caução pessoal.

Como a caução é gênero e representa toda modalidade de garantia, tem como espécies a garantia real e pessoal.

Semelhante à caução real, garantia real é aquela que tem natureza objetiva, que ocorre quando se oferece bens móveis ou imóveis como garantia de adimplemento da obrigação, são, por exemplo, as hipóteses da hipoteca e do penhor. Na hipoteca, dá-se em garantia um bem imóvel (ou bem móvel se houver expressa determinação legal), sem que este saia da posse do devedor, caso a obrigação não seja satisfeita, executa-se a garantia. No penhor, o devedor confere ao credor coisa móvel passível de alienação como garantia de pagamento da dívida existente, com o intuito de reavê-la após seu pagamento, da mesma forma que na hipoteca, se vencida e não cumprida a obrigação, executa-se o bem.

A garantia pessoal, por sua vez, tem natureza subjetiva e encontra fundamento nos direitos pessoais. Ocorre quando uma pessoa garante a dívida de outrem e assume para si o compromisso de cumprir a obrigação, caso o devedor garantido não a satisfaça, podem ser citados como exemplo a fiança e o aval.

A fiança, como modalidade de garantia pessoal, normalmente se baseia na confiança e abrange todos os bens materiais presentes e futuros do garantidor, logo, em caso de insolvência do devedor, aquele responderá pela

obrigação com todo seu patrimônio, diferentemente do prestador de garantia real, que tem sua responsabilidade limitada à caução oferecida, vez que está vinculado ao objeto dado em garantia. Assim, ambos garantidores sofrem o risco de inadimplência e insolvência do devedor, contudo, a responsabilidade patrimonial de cada um se limita a espécie de caução prestada.

3.1 Conceito

Fiança, deriva do latim *fidere*, que quer dizer fiar, confiar, garantir, responsabilizar-se por algo. É um contrato pelo qual terceiro, denominado fiador, assume perante um credor, responsabilidade subsidiária por obrigação alheia (do devedor), caso este não a cumpra conforme o pactuado.

O contrato de fiança é um dos contratos previstos pelo Código Civil, regulado pelos artigos 818 ao 839, e uma das modalidades de garantia locatícia, prevista na Lei de Locações (Lei 8.245/1991).

Nos termos do Código Civil, artigo 818, “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. Portanto, trata-se de um contrato entre fiador e credor, celebrado geralmente em favor daquele que se tem confiança.

De acordo com o artigo 820, é possível que seja prestada até mesmo sem o consentimento do devedor ou contra sua vontade.

Conforme conceitua Flávio Tartuce (2010, p. 411) e Maria Helena Diniz (2011, p. 607), respectivamente:

A fiança, também denominada *caução fidejussória*, é o contrato pelo qual alguém, o fiador, garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra (arts. 818 a 838 do CC). O contrato é celebrado entre fiador e o credor, assumindo o primeiro uma responsabilidade sem existir um débito propriamente dito (“*Haftung sem Schuld*” ou, ainda, “*obligatio sem debitum*”)

A fiança, ou *caução fidejussória*, vem a ser a promessa, feita por uma ou mais pessoas, de garantir ou satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento (CC, art. 818). Portanto haverá contrato de fiança sempre que alguém assumir, perante o credor, a obrigação de assumir a dívida, se o devedor não o fizer. É um negócio entabulado entre credor e fiador, prescindindo da presença do devedor, podendo até mesmo ser levado a efeito sem o seu consentimento ou contra sua vontade (CC, art. 820). [...] O fiador terá responsabilidade por débito alheio. A pessoa que assume a fiança receberá a denominação de fiador, e aquele a quem o fiador garante chamar-se-á afiançado.

Como se nota, a fiança é um negócio jurídico que visa assegurar ao credor o cumprimento da obrigação assumida originariamente pelo devedor, isto é, pelo contrato de fiança, o fiador assume a responsabilidade de pagar o débito do devedor, caso este não pague. Desse modo, pode ser entendida como a garantia prestada por terceiro, que, sem ser devedor, torna-se responsável pela obrigação.

3.1.1 Distinção entre fiança e aval

Como anteriormente mencionado, a fiança e o aval são modalidades de garantia pessoal, na prática, frequentemente confundíveis, razão pela qual se torna fundamental tecer a diferença entre esses dois institutos.

De acordo com o Código Civil, artigo 1647, inciso III, tanto a fiança como o aval tem como similaridade a necessidade de outorga uxória ou autorização marital⁹, contudo, ainda assim são dois institutos completamente distintos.

Conforme leciona José Fernando Simão (2007, p. 83), “a fiança é um instituto tipicamente civil e serve para garantir obrigações contratualmente assumidas”, caracterizando-se como um contrato acessório, que só existe quando

⁹ Nos termos do artigo 1.647, inciso III, para prestar fiança ou aval, há necessidade de consentimento de ambos os cônjuges, exceto, se casados sob o regime de separação absoluta de bens. No aval, essa necessidade de outorga é questão não pacífica pela doutrina, pois, como o aval trata-se de uma garantia cambial, vem regido pelo Decreto 57.663/66 (artigos 30-32) que não traz a necessidade da outorga. Contudo, o Código Civil em seu artigo 1647, inciso III, a prevê, logo, surgiram duas correntes. Uma em defesa da não necessidade da outorga, fundamentando-se no artigo 903, e defendendo a aplicação do Decreto por ser lei especial. Outros, por sua vez, defendem a aplicação do artigo 1.647, sob o fundamento de que esta regra é inerente ao regime de bens, sendo regulamentada, inclusive, no livro do Direito de Família, razão pela qual não pode prevalecer o entendimento anterior, vez que o dispositivo não versa ou regula os títulos de créditos (matéria regulamentada no livro do Direito das Obrigações). Na prática, como a questão não está pacificada, para evitar futuros dissabores tem-se colhido a autorização.

existente a relação principal entre credor e devedor (contrato principal), no qual há a previsão, em regra, do benefício de ordem constante no artigo 827 do Código Civil.

O benefício de ordem representa um dos benefícios inerentes ao fiador. Salvo renúncia, é o direito natural que lhe permite no momento da execução (instante que responderá patrimonialmente pela dívida do devedor afiançado), requerer que os bens do devedor, quando existentes, sejam penhorados primeiro que os seus¹⁰.

O aval provém de uma relação jurídica independente, configura um contrato autônomo, traduzido em uma obrigação cambial, vez que se avaliza o título (letra cambial), e não a pessoa que o possui.

No contrato de aval não há o benefício de ordem, logo, vencida a obrigação pode-se cobrá-la tanto do avalizado (devedor principal), como do avalista, pois o contrato de aval é regido diretamente pela regra da solidariedade.

Em suma, a fiança trata-se de uma garantia contratual, regida pelas disposições inerentes às obrigações, ao passo que o aval, uma garantia cambial, um instituto de direito cambiário regido pelas disposições inerentes aos títulos de crédito.

3.2 Natureza Jurídica e Características

Como mencionado, o contrato de fiança constitui um contrato acessório, que só existirá em função de um contrato principal entre credor e devedor afiançado. Pode ser celebrado junto, posteriormente à formação do contrato principal ou até mesmo antes disso, quando, no entanto, terá sua eficácia suspensa, e produzirá efeitos apenas caso haja a formação do contrato principal.

Se o contrato principal for nulo, o contrato de fiança também será, conforme prevê o artigo 824 do Código Civil: “as obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor”.

¹⁰ Vide item 3.4.1.

Nos termos da lei, apenas subsistirá o contrato de fiança quando a nulidade do contrato principal referir-se a incapacidade pessoal do devedor, pois como visto, o fiador assume o compromisso de que se o devedor não cumprir a obrigação, ele cumprirá, haja vista que o fiador garante a obrigação e não a pessoa que a contrai, assim, nesta hipótese, não pode alegar a incapacidade do devedor para eximir-se da obrigação assumida.

Segundo Flávio Tartuce (2010, p. 416), se anulável o contrato principal, com base no artigo 184 do Código Civil, anulável também será a fiança. Todavia, como as obrigações anuláveis são passíveis de confirmação e convalidação, conseqüentemente são suscetíveis de fiança. Assim, entenda-se que apenas quando anulado o contrato principal, por extensão, anular-se-á a fiança.

Quanto às suas características, diz-se que o contrato de fiança é um contrato unilateral (cria deveres jurídicos apenas ao fiador, que assume o compromisso de cumprir a obrigação caso o devedor não a satisfaça), embora represente um negócio jurídico bilateral; solene, obrigatoriamente escrito, nos termos do artigo 819 do Código Civil, necessitando inclusive da chamada “outorga uxória”¹¹ prevista no artigo 1647, inciso III; via de regra, é um contrato gratuito¹² (onera apenas o fiador), concedido de forma benéfica e interpretado restritivamente; personalíssimo (realizado em razão da condição pessoal do contratante); temporário, vez que em regra dura enquanto perdurar o contrato principal (quando prestada por prazo certo, ao término deste, e quando prestada sem limitação de tempo, quando o fiador decidir exonerar-se dela, hipótese em que ainda ficará vinculado ao contrato por um período de sessenta dias da notificação ao credor, conforme prevê o Código Civil em seu artigo 836), e em regra, um contrato subsidiário, que permite ao fiador apenas responder perante o credor, caso o devedor afiançado não cumpra a obrigação conforme convencionado.

Nos moldes do artigo 828, inciso II, do Código Civil, o fiador só não terá responsabilidade subsidiária quando responsabilizar-se como principal pagador ou

¹¹ Conforme dispõe a súmula 332 do Superior Tribunal de Justiça, a fiança prestada sem outorga uxória implica na ineficácia total da garantia.

¹² Via de regra, porque permite-se a prestação de fiança onerosa, que ocorre quando o fiador recebe uma remuneração pela fiança prestada. É o exemplo da fiança prestada por bancos e instituições financeiras.

devedor solidário, hipótese em que se configurará como devedor principal ou co-devedor sem que isso importe na desconsideração da fiança.

Em relação à sua extensão, pode ser total ou parcial, de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas. Conforme aduz o artigo 823 do Código Civil, só não poderá ser superior ao valor da obrigação afiançada ou mais onerosa (o acessório não pode ser maior que o principal), já que nesta situação a fiança não valerá senão até o limite da obrigação.

De acordo com o artigo 822, a fiança compreende todos os acessórios da dívida principal, exceto quando existente ressalva expressa de limitação da fiança (hipótese de fiança parcial), por exemplo, se “A” ostenta-se fiador apenas do valor correspondente ao aluguel, não poderá ser demandado por eventual inadimplemento do devedor em relação ao pagamento de imposto predial urbano (IPTU).

Trata-se de uma limitação quantitativa ou qualitativa, relacionada ao valor máximo do débito ou, como no exemplo, ao tipo de obrigação que o fiador pretende assumir.

As dívidas futuras também podem ser objeto de fiança, hipótese em que o fiador só poderá ser demandado quando estas efetivamente existirem.

Conforme prevê o Código Civil, o fiador deve ser pessoa idônea, pois do contrário o credor não está obrigado a aceitá-lo, ser domiciliado no local em que se prestará a fiança, e possuir bens suficientes para garantir a obrigação (artigo 825).

Desse modo, como bem aduz Flávio Tartuce (2010, p. 412), “a fiança é um contrato complexo, especial, *sui generis*.” Um contrato que em razão de sua essência jurídica rege-se por características próprias.

3.3 Espécies

Segundo classificação adotada pela professora Maria Helena Diniz (2011, p. 613), em relação ao seu objeto, a fiança pode ser civil ou comercial, e no que se refere à sua forma, convencional ou contratual, legal, ou, judicial.

Assim, de antemão, cumpre-se esclarecer que todas as considerações tratadas neste estudo sobre o contrato fiança referem-se à espécie de fiança convencional.

Fiança civil é aquela que não possui natureza comercial, prestada geralmente quando o devedor afiançado não é empresário, circunstância, no entanto, que não obsta que a fiança mantenha sua natureza civil, desde que o negócio celebrado entre credor e devedor não tenha natureza comercial. Comumente será civil quando não for comercial.

Fiança comercial ou mercantil, nos termos do artigo 256 do Código Comercial revogado¹³, ocorria quando o devedor afiançado fosse empresário e a obrigação afiançada derivasse de causa comercial. Contudo, conforme ressalva existente no próprio dispositivo, ainda que o negócio fosse garantido por quem não era empresário, se tivesse natureza comercial, a fiança seria comercial.

Sendo assim, o que se denota é que se leva em consideração a natureza da obrigação afiançada e não a condição do devedor, logo, fiança comercial é aquela que assegura uma obrigação com natureza comercial, celebrada geralmente por empresários, mas não necessariamente apenas por estes.

Portanto, conclui-se que o que distingue ambas as espécies de fiança é a natureza do negócio jurídico realizado e não a pessoa do devedor afiançado. Assim, se celebrado um negócio civil, ter-se-á caracterizada a fiança civil, se celebrado um negócio comercial, ter-se-á caracterizada a fiança comercial.

¹³ Art. 256 - Para que a fiança possa ser reputada mercantil, é indispensável que o afiançado seja comerciante, e a obrigação afiançada derive de causa comercial, embora o fiador não seja comerciante. (Revogado)

Entretanto, apesar da diferença, com o advento do novo Código Civil em 2002 consagrando a unificação do Direito Privado no tocante aos contratos, e revogando a primeira parte do Código Comercial, atualmente aplicam-se à fiança comercial as mesmas disposições aplicáveis à fiança civil.

Fiança convencional ou contratual é aquela que decorre da manifestação de vontade das partes contratantes; do devedor em conseguir um fiador, do fiador em tornar-se garantidor, e do credor em aceitar a pessoa do fiador. Lembrando que ainda que a fiança seja estipulada sem o consentimento do devedor ou contra sua vontade, nos termos do artigo 820 do Código Civil, sem perder seu caráter convencional, é perfeitamente válida.

Fiança legal decorre da lei, é aquela prestada em forma de caução, podendo ser citadas como exemplo as hipóteses constantes nos artigos 1.280 e 1.305, parágrafo único, do Código Civil.

Por fim, tem-se a fiança judicial, que tem como pressuposto a existência de um processo judicial. Será determinada no processo (cível ou criminal), *ex officio* ou em razão de requerimento de uma das partes, em situações como, por exemplo, a hipótese prevista pelo artigo 925 do Código de Processo Civil.

Em suma, conclui-se que a fiança legal ou judicial representa um ato jurídico unilateral, sem conteúdo contratual, ao passo que a fiança convencional, necessariamente resulta de um contrato.

Para Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 415-418), existe ainda a figura da fiança bancária, que representa a fiança convencional formalizada por instituição financeira, e a fiança criminal, prevista no Código de Processo Penal para possibilitar a liberdade provisória, embora nesta situação o próprio autor faça a ressalva de que por ser prestada em pecúnia, não representa propriamente o instituto da fiança como garantia pessoal, mas espécie de caução real.

O autor reconhece até mesmo a figura do “abonador da fiança” que ocorre todas as vezes que um terceiro torna-se garantidor da solvência do fiador (espécie de fiança da fiança), que se difere da cofiança, que é a existência de vários fiadores garantindo ao mesmo tempo um único devedor.

Embora essa figura não esteja presente no Código Civil de 2002 como no Código de 1916, o renomado autor admite sua existência e entende que nesta

situação o contrato com o credor pode ser enquadrado na hipótese do artigo 425 do Código Civil, como um contrato atípico.

3.4 Efeitos

Essencialmente, a fiança possui quatro efeitos, tratados pela doutrina como benefícios, previstos nos artigos 827 ao 836 do Código Civil, quais sejam: benefício de ordem ou excussão, benefício de divisão, benefício de sub-rogação e benefício de exoneração.

Antes de explicá-los, no entanto, é necessário tecer sucintas considerações em relação ao momento em que a fiança passa a produzi-los.

Quando o devedor afiançado deixa de cumprir a obrigação conforme o pactuado, o credor se dirige ao devedor principal na tentativa de adimplemento da obrigação, vez que o fiador tem responsabilidade, em regra, subsidiária, se este não a cumpre (o que geralmente acontece na prática), o credor se dirige ao fiador e neste momento a fiança passa a produzir seus efeitos.

Todavia, fora visto que o fiador pode obrigar-se como devedor solidário desde o início do contrato, hipótese em que, vencida a obrigação, o credor pode se dirigir a qualquer dos devedores, devedor principal ou fiador, já que estipulado a solidariedade entre eles. Nesta situação, a fiança produz efeitos desde o vencimento da obrigação.

O mesmo entendimento se aplica quando o fiador se obriga como principal pagador, porém, neste caso necessariamente deverá ser cobrado primeiro.

Deste modo, conclui-se que, pela regra, o credor só poderá acionar o fiador após o inadimplemento do devedor afiançado, haja vista o caráter acessório da fiança e a responsabilidade subsidiária do fiador, no entanto, se estipulado a solidariedade entre eles (devedor e fiador), vencido o termo fixado para a obrigação principal, o credor pode se dirigir diretamente ao fiador, não sendo necessário cobrar primeiro o devedor, e, na hipótese em que se obrigar desde logo como principal pagador, vencida a obrigação será acionado.

3.4.1 Benefício de ordem

O benefício de ordem ou excussão é uma prerrogativa que o fiador que não o renunciou expressamente tem, de uma vez demandado pela obrigação afiançada, exigir até a contestação da lide, que primeiro sejam executados os bens do devedor.

Nas palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz (2011, p. 615): “o benefício de ordem é o direito assegurado ao fiador de exigir do credor que acione, em primeiro lugar, o devedor principal, isto é, que os bens do devedor principal sejam executados antes dos seus”.

Por este benefício, a ideia que se extrai é que por ser a fiança uma garantia subsidiária, permite que primeiramente os bens do devedor principal respondam pela dívida afiançada, o que não quer dizer, no entanto, que ao credor incumbe acionar juridicamente primeiro o devedor principal, já que este pode de antemão verificar que o devedor não tem bens suficientes para liquidar a obrigação, razão pela qual por uma questão de economia processual, pode direcionar a ação diretamente contra o fiador.

Nos termos do artigo 827, *in fine*:

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 da ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembaraçados, quantos bastem para solver o débito.

Portanto, este benefício só pode ser alegado pelo fiador e até a contestação da lide, oportunidade em que deverá nomear bens do devedor livres, desembaraçados e suficientes para satisfação do débito, pois, do contrário, nos termos do artigo 595 do Código de Processo Civil, seus bens ficarão sujeitos à execução¹⁴.

¹⁴ Art. 595 – O fiador quando executado, poderá nomear a penhora bens livres e desembaraçados do devedor. Os bens do devedor ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem

Ainda no Código Civil, de acordo com o artigo 828, incisos I, II e III, só não se aproveita esse benefício: I) ao fiador que o tenha renunciado expressamente. Neste sentido, como bem entendem Flávio Tartuce (2010, p. 419) e José Fernando Simão (2007, p. 85), se a renúncia ocorrer em contrato com características de contrato de adesão não será válida, conforme artigo 424 do Código e Enunciado 364¹⁵ da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF); II) ao fiador que tenha se obrigado como principal pagador ou devedor solidário desde o início do contrato; ou III) quando o devedor principal encontrar-se falido ou insolvente.

Deste modo, conclui-se que, excepcionada essas três hipóteses, o benefício de ordem representa um direito natural do fiador.

3.4.2 Benefício de divisão

O benefício de divisão está previsto no artigo 829 do Código Civil, que *in fine* dispõe:

Art. 829 - A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício da divisão.

Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.

O dispositivo em questão pressupõe que havendo pluralidade de fiadores (cofiança ou fiança conjunta), como regra geral, os fiadores serão solidários, salvo quando estipularem o benefício de divisão (que deve ser feito expressamente, pois trata-se de exceção, e não direito natural do fiador), por exemplo, a teor da solidariedade, se existirem três fiadores garantindo o mesmo devedor e a mesma dívida, todos serão responsáveis por sua inadimplência na totalidade da obrigação, ou seja, o credor poderá exigir o total da obrigação de qualquer um dos fiadores.

insuficientes à satisfação do direito do credor. Parágrafo único: O fiador, que pagar a dívida, poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo.

¹⁵ Enunciado 364 - Arts. 428 e 828. No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão.

Pois bem, o benefício de divisão limita essa solidariedade, uma vez que quando convenção, em eventual inadimplemento do devedor, o fiador responderá tão somente por sua quota parte no pagamento.

Referindo-se ao benefício, explica Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 426):

A fiança coletiva, prestada por mais de um fiador relativa ao mesmo débito, importa em solidariedade entre os fiadores, por força do artigo 829, se não se reservarem o chamado *benefício de divisão*. A situação não se confunde com o benefício de ordem, nem com a solidariedade que pode ser estabelecida por vontade das partes entre fiador e afiançado. Cuida-se de solidariedade entre os diversos fiadores. Se eles estabelecerem o benefício de divisão, cada um responderá unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento (parágrafo único do 829). Nesse caso, estabelece-se uma fiança parcial no que toca a cada fiador. Ainda, o artigo 1.494 especifica que cada cofiador pode taxar (fixar, na linguagem mais correta do art. 830 do atual Código) no contrato a parte da dívida que garante, não se obrigando a mais. Nesse caso não se trata propriamente de divisão da garantia, mas de garantia parcial até determinado valor.

Outrossim, como expõe Maria Helena Diniz (2011, p. 616), “uma vez convenção o benefício da divisão, cada fiador só responderá *pro rata* pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento”. Exemplificando, a autora cita uma dívida de noventa mil reais garantida por dois fiadores; estipulado o benefício, os fiadores deixam de responder pela totalidade da dívida e passam a responder apenas por quarenta e cinco mil cada um, ou seja, com a aplicação do benefício, tem-se uma quebra da solidariedade vigente. Entretanto, o benefício de divisão não se presume, só existirá se houver expressa estipulação.

Portanto, convenção o benefício, o fiador passa a responder apenas pela parte que lhe couber no pagamento, porém, em relação à eventual insolvência de um dos fiadores, a quota-parte deste será acrescida à dos demais.

Destarte, muito se confunde o benefício de divisão, previsto no artigo 829 do Código Civil, com a possibilidade de limitar a responsabilidade do fiador, prevista pelo artigo 830.

De acordo com o dispositivo, cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, seja em relação ao que garante

(objeto da fiança), ou à quantidade que garante (valor), caso em que não será por mais obrigado.

Por força deste dispositivo (artigo 830), o fiador pode limitar sua responsabilidade e não se obrigar por mais do que tenha assumido.

Dessa forma, havendo essa limitação, diferentemente do que ocorre no benefício da divisão, o fiador não responde pelo risco de insolvência dos demais fiadores, quando existentes.

3.4.3 Benefício de sub-rogação

Dispõe o artigo 831 do Código Civil:

Art. 831 - O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.

Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros.

O benefício de sub-rogação é um direito natural do fiador. Por este benefício, quando o fiador satisfaz integralmente a obrigação do devedor afiançado, sub-roga-se nos direitos do ex-credor, ou, em outras palavras, quando o fiador cumprir a obrigação do devedor afiançado em sua totalidade, passará a ocupar o lugar do credor, tornando-se o atual credor do devedor.

Como bem explica Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 417), a sub-rogação é modalidade de pagamento, significa substituição de uma coisa ou pessoa por outra. Trata-se de um direito de regresso amplo, que assegura ao fiador o desembolso de todas as despesas que sofrer em razão da fiança (principal, acessórios, perdas e danos, juros, cláusula penal, despesas processuais).

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 618):

[...] Não haverá tal direito regressivo se: o fiador, pagando o débito, não comunicar o fato ao devedor, que realiza um segundo pagamento ao credor, caso em que a *repetitio indebiti* competirá ao fiador e não ao devedor; o fiador oferecer a garantia *animus donandi*; o pagamento for efetuado em prejuízo dos direitos do devedor principal, ou seja, no caso de pagamento excessivo, quanto à parte excedente à dívida, no de pagamento antecipado ou no de ser pago o que não era devido (*RJE*, 1:518; *Bol. AASP*, 1.833:8);

Como defende a autora, quando ocorrer duplo pagamento em razão da falta de ciência do devedor, quem sofrerá com o pagamento em duplicidade será o fiador, que não terá direito de regresso em face do devedor. Da mesma forma quando o pagamento for realizado com ânimo de doação, em excessividade ou antecipadamente.

O pagamento com sub-rogação vem regulado nos artigos 346 ao 351 do Código Civil, e nos termos do artigo 349, transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias que fazia jus o credor inicial.

Por força do artigo 831, que regula a sub-rogação na fiança, quando esta for prestada em conjunto, o fiador que pagar a obrigação só poderá demandar dos demais fiadores a respectiva quota de cada um, e na hipótese de insolvência de um deles, o prejuízo será rateado entre os demais.

Trata-se de uma sub-rogação legal que se opera de pleno direito em favor do fiador que cumpre integralmente a obrigação do devedor principal. Entretanto, em que pese à dicção do Código, o cumprimento parcial da obrigação do mesmo modo implica em regresso contra o devedor afiançado (até o limite do desembolso), vez que do contrário, estar-se-ia prestigiando o enriquecimento ilícito, como bem elucida Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 427).

Como dito anteriormente, a sub-rogação opera-se em favor do fiador que satisfaz a obrigação, logo, conclui-se que esta obrigação pode ser satisfeita por qualquer modalidade de pagamento, inclusive àquele realizado com *animus donandi*, hipótese, no entanto, que impede o efeito da sub-rogação em favor do fiador.

3.4.4 Benefício de exoneração

O benefício de exoneração é o direito natural do fiador renunciar à fiança quando esta for prestada por prazo indeterminado (quando prestada a termo certo, o fiador vincula-se até o término do prazo), representa o direito do fiador não ser fiador *ad eternum*.

Trata-se de um direito irrenunciável, previsto no artigo 835 do Código Civil, que dispõe: “o fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor”.

O artigo regula a fiança prestada por prazo indeterminado, prevendo ao fiador a possibilidade de se exonerar do contrato mediante notificação judicial ou extrajudicial dirigida ao credor, hipótese, no entanto, que ainda permanece vinculado ao contrato por um período de sessenta dias.

Portanto, a teor do dispositivo, o benefício de exoneração representa um direito potestativo do fiador, que independe da existência de uma causa que enseje o descumprimento do contrato.

Conforme ensina Claudio Luiz Bueno de Godoy (2012, p. 853):

A ideia vigente é que o fiador não pode permanecer indefinidamente vinculado à garantia prestada, sem saber até quando persistirá essa obrigação. Por isso mesmo, defere-lhe a lei a possibilidade de, a seu talante, no exercício de prerrogativa que é mesmo potestativa, exonerar-se da fiança, sempre e quando lhe convier.

Portanto, infere-se que em razão do benefício de exoneração ser um direito potestativo do fiador, este pode a qualquer momento, sem a presença de justo motivo, exonerar-se da fiança quando indefinidamente estiver a ela vinculado.

Inicialmente foi dito que o benefício de exoneração representa um direito irrenunciável do fiador, pois bem, a afirmativa se justifica em razão da norma constante do artigo 835 ser de ordem pública, cogente, que permite declarar nula qualquer disposição contrária a ela, e como bem adverte Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 419), “ninguém pode renunciar previamente um direito potestativo”.

Quando a fiança é prestada na locação de imóvel urbano, aplica-se a Lei 8.245/1990, e no que esta for omissa, as disposições constantes no Código Civil.

Ademais, insta mencionar que só há a aplicação do direito de exoneração quando a fiança for prestada por prazo indeterminado, quando prestada a prazo certo, vincula o fiador até o término do contrato (*pacta sunt servanda*).

Posto isso, conclui-se que regulada pelo Código Civil ou pela Lei de Locações de Imóveis Urbanos, desde que não prestada a prazo certo, o fiador, notificando o credor, poderá exonerar-se do contrato de fiança a qualquer tempo, entretanto, pelo Código Civil, após a notificação ficará vinculado ao contrato por um período de sessenta dias, ao passo que pela Lei de Locações, a teor do que dispõe o artigo 40, inciso X, por um período de cento e vinte dias.

3.5 Extinção da Fiança

Inicialmente, necessário distinguir o termo “exoneração” de “extinção”, não raras vezes utilizados erroneamente como sinônimos.

Exoneração está ligada à ideia de desobrigar-se do contrato de fiança, que como visto no tópico anterior, é o termo reservado para um dos efeitos da fiança (benefício de exoneração), estando relacionado a um direito potestativo, peculiar do deste contrato. Já o termo extinção, refere-se às situações de extinção do negócio jurídico, assim como ocorre em toda espécie de contrato.

Traçada essa distinção, conforme didática adotada pela professora Maria Helena Diniz (2011, p. 620-621), a fiança pode ser extinta por causas terminativas comuns às obrigações em geral, como por exemplo, adimplemento da obrigação ou extinção do contrato principal (considerando a natureza eminentemente acessória da fiança), ou por meio extintivos inerentes à sua própria natureza, como o término do contrato; exoneração do fiador (artigo 835); uso de exceção pessoal extintiva da obrigação, salvo incapacidade pessoal do devedor afiançado (artigo 837); retardamento da execução pelo credor que resulte insolvência do devedor, quando invocado o benefício de ordem, e as hipóteses previstas nos incisos do artigo 838:

Art. 838 - O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado:

I – se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor;

II – se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências;

III – 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.

O inciso I consagra a hipótese em que o credor concede, sem consentimento do fiador, prazo suplementar para o devedor cumprir a obrigação. Neste caso haverá extinção da fiança porque a dilação do prazo aumenta os riscos do fiador em eventual insolvência do devedor. Deste modo, para que a fiança subsista, é necessária a concessão da moratória com anuência do fiador.

De acordo com o inciso II, também haverá extinção da fiança quando o fiador, por fato imputado ao credor, ter frustrado seu direito de sub-rogação decorrente do adimplemento da obrigação afiançada, haja vista que o fiador não pode ser prejudicado por ato de responsabilidade do credor.

Consoante elucida o inciso III, haverá ainda extinção da fiança quando ocorrer dação em pagamento, pois nesta hipótese a dação não é abrangida pelo contrato de fiança, ou seja, se após a dação o credor perder o objeto dado em pagamento por evicção e a obrigação originária for restabelecida, o fiador permanecerá desobrigado, pois a fiança não se restaura junto com a obrigação originária, vez que o contrato de fiança não garante a forma de pagamento prestigiada pela dação.

Todavia, a questão é passível de críticas se considerado que o fiador é garantidor da obrigação e não da forma como esta é ou será satisfeita.

Por fim, de acordo com o artigo 836, a fiança também pode ser extinta com a morte do fiador¹⁶, momento até o qual se tem responsabilidade pela fiança. Falecendo o fiador, o contrato de fiança se extingue e a responsabilidade devida até o tempo de sua morte transmite-se aos seus herdeiros, que terão responsabilidade limitada aos contornos da herança recebida.

¹⁶ Atualmente, segundo Flávio Tartuce (2010, p.425), tem-se formado entendimento pela doutrina de que a morte do devedor afiançado, igualmente gera a extinção da fiança.

Além das hipóteses apresentadas, como bem pondera Flávio Tartuce (2010, p. 426), a fiança ainda pode ser extinta em decisão judicial por meio da “ação de exoneração” ou através do distrato, mecanismo que permite a extinção do contrato, desde que realizado nos mesmos moldes em que este foi celebrado¹⁷.

¹⁷ Vide artigos 472 e 473 do Código Civil.

4 FIANÇA E O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NA LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA

No mercado imobiliário das locações, a fiança fidejussória é uma das modalidades de garantia mais utilizada por parte daqueles que necessitam locar um imóvel, razão pela qual o uso do instituto no contrato de locação merece ser objeto de estudo pelos operadores do Direito, principalmente em face da controvérsia existente sobre o imóvel bem de família do fiador.

4.1 O Contrato de Locação

O contrato de locação é aquele pelo qual alguém, denominado locador, mediante remuneração, compromete-se a fornecer a outrem, denominado locatário, o uso e o gozo de coisa não fungível, a prestação de um serviço, ou, a execução de uma obra ou de um trabalho.

Conforme explicam Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 125-126) e Flávio Tartuce (2010, p. 351-352), inicialmente, no Direito Romano, existiam três tipos de locação: locação de coisas (*locatio rei* ou *locatio conductio rerum*), na qual se cedia o uso de um bem mediante retribuição em dinheiro; locação de serviço (*locatio operarum* ou *locatio conductio operum*), que equivale a prestação de um serviço mediante contraprestação em dinheiro; e locação de obras ou empreitada (*locatio operis faciendi* ou *locatio conductio operis*), que representava a execução de uma obra mediante determinado pagamento.

De acordo com o Código Civil brasileiro, a prestação de serviço e a empreitada não são espécies de locação, mas espécies autônomas de contratos previstas nos artigos 593 a 626, subsistindo como legítimo contrato locatício apenas o contrato de locação de coisas.

Em relação ao contrato de prestação de serviço, embora o Código Civil o trate como um contrato autônomo, imprescindível esclarecer que somente estará sujeito às disposições do Código quando a prestação de serviço não configurar um autêntico contrato de trabalho amparado pela legislação trabalhista (que acabou absorvendo a maioria desses contratos).

Nos termos do artigo 565, a locação de coisas pode ser conceituada como a concessão, por prazo certo ou não, do uso e do gozo de coisa não fungível que uma das partes (locador), mediante remuneração, se obriga a ceder à outra (locatário).

Trata-se de um contrato bilateral, que implica obrigações para ambos os contratantes, oneroso, cumutativo, no qual as partes sabem de antemão quais são suas prestações, consensual, e não solene, aperfeiçoando-se com a simples manifestação de vontades das partes, dispensando a forma escrita e a entrega imediata da coisa.

O contrato de locação difere do contrato de compra e venda porque, no primeiro, cede-se o uso e o gozo da coisa com a obrigação de restituição; ao passo que no segundo, em decorrência da transmissão definitiva da propriedade, o uso, o gozo e a faculdade de dispor da coisa.

Eventualmente, caso o bem objeto de locação refira-se a bem fungível, estar-se-á, na realidade, via de regra diante de um contrato de mútuo, e não de locação. Da mesma forma, se ausente o pressuposto da remuneração, estar-se-á configurado o contrato de comodato.

Para referenciar o contrato em exame, são utilizados os termos arrendamento e locação, vocábulos sinônimos, embora o primeiro seja mais utilizado para referenciar as locações de imóveis rurais, regulamentada pela Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra), já que além do uso, abrange a percepção de frutos pelo arrendatário.

De modo geral, a locação de coisas está regulamentada pelo Código Civil, em seus artigos 565 a 578, e abrange bens móveis e imóveis. Como o Código representa a norma geral, só tem aplicação quando inexistente legislação especial a dispor sobre a matéria.

Assim, para a locação de bens imóveis rurais, aplica-se o Estatuto da Terra, e para a locação de bens imóveis urbanos, objeto de estudo, a Lei 8.245/1991.

4.2 Locação Imobiliária Urbana

A locação imobiliária urbana é regulamentada pela Lei 8.245/1991 e é conhecida popularmente como “a Lei do Inquilinato”, expressão não muito apropriada para referenciá-la, considerando que foi criada para regular o contrato de locação de imóveis urbanos, sem proteger, em especial, locatário ou locador.

Como bem esclarece Flávio Tartuce (2010, p. 359):

A Lei de Locação (Lei 8.245/1991) constitui um microssistema jurídico ou estatuto jurídico próprio que regulamenta a locação de imóveis urbanos residenciais e não residenciais. Apesar da corriqueira utilização da expressão Lei do Inquilinato, preferimos a primeira expressão, pois vemos um termo não muito agradável no termo inquilino. Primeiro, pois a palavra tem um sentido de subalterno e de precário, diante de sua origem romana na expressão inquilinus (MEIRA, Sílvio A. Instituições..., 1971, p. 374). Segundo, porque a utilização do termo parece indicar que a norma é protetiva do locatário ou inquilino, o que não é verdade. A Lei 8.245/1991 de forma alguma constitui um sistema de proteção, assim como é a Lei 8.078/1990 em relação ao consumidor.

Embora regulada por lei especial, aplicam-se à locação imobiliária urbana as regras previstas no Código Civil e demais disposições inerentes à teoria geral dos contratos, principalmente os princípios contratuais.

De acordo com o autor (2010, p. 360-361), considera-se imóvel urbano para fim de incidência da Lei 8.245/1991, “aquele destinado à residência, indústria, comércio e serviços com intuito empresarial”, e rural ou rústico, “aquele destinado à agricultura, à pecuária, ao extrativismo ou terrenos baldios”.

Assim, conclui-se que para identificar se o imóvel é urbano ou rural considera-se a atividade exercida no imóvel e não onde este se situa, podendo existir imóvel rural em perímetro urbano, e imóvel urbano em perímetro rural, como,

por exemplo, um terreno baldio localizado num bairro de determinada cidade (imóvel rural), ou a existência de uma grande fábrica industrial situada na zona rural (imóvel urbano).

No contrato de locação de imóvel urbano, em relação à obrigação do pagamento dos aluguéis, têm-se o locador ou senhorio como a parte credora da relação, e o locatário ou inquilino como parte devedora. No arrendamento rural, arrendador como credor e arrendatário como devedor.

Nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.245/1991, ainda que constituam imóveis urbanos, a Lei de Locações não será aplicada às locações de imóveis de propriedade da União, Estados ou Municípios, de suas autarquias e fundações públicas, às vagas de garagem autônomas ou espaços para estacionamento de veículos, a espaços destinados à publicidade, à apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, e ao arrendamento mercantil.

Ainda de acordo com a Lei em comento, artigo 37, constituem modalidades de garantias locatícias: caução real, fiança, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

Apesar da lei prever as quatro modalidades de garantia, em um mesmo contrato de locação só se permite a prestação de uma modalidade, sob pena de nulidade das demais, assim, se forem prestadas caução em dinheiro e fiança, por exemplo, considerar-se-á válida apenas a primeira garantia apresentada ao locador.

A caução, como já analisada, configura uma garantia de adimplemento do negócio jurídico celebrado, ou uma garantia extra de adimplemento, haja vista que o patrimônio do devedor, quando existente, pode configurar garantia genérica de cumprimento da obrigação.

De acordo com o artigo 38 e parágrafos da Lei, o termo caução designa a caução real, e pode ser prestada em bens móveis ou imóveis (possibilidade em que estabelece privilégio real sobre o bem), em dinheiro (limitada ao valor de três aluguéis), ou, em títulos ou ações (valores fiduciários, também limitados ao valor de três aluguéis), hipóteses que não configuram espécies de pagamento antecipado da obrigação.

O seguro de fiança locatícia representa uma modalidade de caução convencional, e pode ser contratado pelo locador (segurado) ou pelo locatário

(garantidor). Conforme explica Gilmar Alves de Azevedo (2007, p. 88), tem como finalidade “assegurar ao locatário indenização dos prejuízos que possam advir dos riscos pertinentes à falta de pagamento de aluguéis e encargos legais previstos no contrato de locação”.

Trata-se de um seguro regido por normas próprias, inerentes aos seguros privados, como as resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados e circulares da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados). Nos termos do artigo 41 da Lei em estudo, o seguro de fiança abrange a totalidade das obrigações do locatário.

A cessão fiduciária de quotas de investimento implica uma nova modalidade de garantia locatícia, incluída no rol pela Lei 11.196/2005. Trata-se de uma garantia prestada por meio de quotas de investimento dos fundos criados por sociedades seguradoras e demais entidades abertas de previdência complementar.

Explica-se. As sociedades acima podem constituir fundos de investimento vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, desses fundos, têm-se quotas comercializáveis, que por expressa disposição legal, podem ser dadas em garantia nos contratos de locação sob o regime de cessão fiduciária.

Nas palavras de José Fernando Simão (2007, p. 103):

As instituições autorizadas pela Comissão de Valores Imobiliários (CVM) criam os fundos de investimento dos quais as pessoas podem adquirir quotas. Essas quotas, dotadas de valor econômico, podem ser dadas em garantia ao locador, que, com a cessão, torna-se seu proprietário resolúvel, ou seja, recebe a propriedade por certo período de tempo. [...] A vantagem dessas quotas é que a cessão em garantia constitui regime fiduciário sobre as quotas cedidas, que ficam indisponíveis, inalienáveis e impenhoráveis, tornando-se a instituição financeira administradora do fundo seu agente fiduciário (art. 88, §3º).

A fiança, por sua vez, representa uma caução pessoal, e pode ser prestada por pessoa física ou instituição financeira, hipótese que caracteriza a prestação de fiança bancária.

Conforme prevê o artigo 79 da Lei em comento, o contrato de fiança rege-se pelo Código Civil com todas as disposições abordadas no capítulo anterior,

haja vista que nos termos do artigo, no que a Lei 8.245/1991 for omissa, aplicam-se as normas do Código e do Código de Processo Civil.

A fiança envolve duas relações jurídicas, uma entre devedor e fiador (relação que a origina), e outra entre fiador e credor (relação garantida). Na fiança locatícia, a relação entre fiador e locador recebe o nome de relação interna essencial, uma vez que o contrato de fiança é celebrado entre ambos, e a relação entre fiador e locatário, relação externa, vez que o contrato é realizado em prol deste.

Fora visto em linhas anteriores que a fiança caracteriza uma garantia fidejussória (de ordem pessoal), na qual o fiador assume perante o locador (credor) satisfazer a obrigação do locatário (devedor) caso este não a cumpra no tempo e modo avençados.

Sendo assim, como sabido, na fiança o garantidor (fiador) responde com todo o seu patrimônio presente e futuro pela obrigação do devedor afiançado, logo, o único imóvel onde reside o fiador, considerado bem de família legal, pela regra, impenhorável, está abrangido pela garantia locatícia da fiança, consoante ressalva da própria Lei 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, veja:

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

[...]

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.
(Original não grafado)

Portanto, o bem de família do fiador integra seu patrimônio para fins de responsabilidade patrimonial na hipótese de obrigação decorrente do contrato de fiança, não podendo ser alegada a regra geral de impenhorabilidade do bem por expressa ressalva da Lei.

Neste sentido, o que muito se discutia - e para alguns, ainda hoje se discute - era se a exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador prevista pela Lei 8.009/1990, após o advento da emenda nº 26 de 2000, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais, violava ou não a Constituição Federal.

4.3 (In)Constitucionalidade da Penhora do Bem de Família do Fiador por Obrigação Decorrente de Fiança Concedida em Contrato de Locação

Até 2000, a jurisprudência era pacífica em entender penhorável o único bem imóvel residência do fiador de obrigação locatícia, contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 26, em 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia foi inserido no rol dos direitos sociais (artigo 6º da Constituição Federal), e a questão, ora pacificada, ganhou novos contornos.

Com o advento da Emenda, surgiram duas correntes doutrinárias, uma entendendo pela continuidade da eficácia da penhora, e a outra, defendida por alguns civilistas contemporâneos, pela impossibilidade da medida.

A questão não era unânime e refletia diretamente na jurisprudência, considerando que alguns Tribunais entendiam pela inconstitucionalidade do dispositivo que permitia a penhora do único imóvel do fiador, e outros, mantendo posicionamento pretérito, permaneciam adotando a tese da penhorabilidade.

4.3.1 Direito social à moradia

A corrente defendida por José Rogério Cruz e Tucci, Heitor Vitor Mendonça Sica, José Fernando Lutz Coelho, dentre outros adeptos, sustenta que a introdução do direito à moradia no rol dos direitos sociais, representava a previsão de um direito “genérico”, vez que o artigo 6º da Constituição é considerado uma norma de eficácia limitada ou reduzida (também chamada de norma programática). Espécies de normas que, de acordo com a classificação adotada pelo professor José Afonso da Silva, necessitam de regulamentação posterior para produzirem seus efeitos.

Essas normas são espécies de normas diretrizes, cuja aplicação depende de regulamentação específica do Poder Público, e geralmente vem acompanhada de expressões como: “na forma desta Constituição”, “na forma da Lei” e “nos termos desta Constituição”.

Argumentando que os direitos sociais tinham mais natureza de expectativa de direito, do que de direito subjetivo propriamente dito, os partidários dessa corrente defendem que embora o direito à moradia seja previsto constitucionalmente, por estar enquadrado no rol dos direitos sociais, se caracteriza como uma norma de eficácia limitada, de modo que não poderia ser invocado de imediato.

Conforme explica José Fernando Lutz Coelho (2008, p. 69):

[...] O direito de moradia introduzido no art. 6º da CF pela Emenda 26/2000, na tendo regulamentado na Constituição (*sic*), serve apenas como um horizonte ou referência de atuação para o Estado, carecendo de regulamentação, sem ter eficácia plena, e, por consequência, não atingindo ou derogando o art. 3º da Lei 8.009/1990, inc. VII, ou melhor, não atingiu nenhuma das hipóteses elencadas no referido dispositivo legal.

Deste modo, considerando a extensão da norma (eficácia limitada), os adeptos dessa primeira corrente afirmam que enquanto o direito à moradia não for devidamente regulamentado, conforme previsto no Art. 6º da própria Constituição¹⁸, continua válida e eficaz a exceção de penhorabilidade do bem de família do fiador prevista pela Lei 8.009/1990.

Em contrapartida, uma segunda corrente, defendida por Clito Fornaciari Júnior, Genacéia da Silva Alberton, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e outros adeptos, sustenta que o direito à moradia acrescido à Constituição pela Emenda nº 26 configura um direito social e fundamental com incidência imediata, haja vista que as normas de eficácia limitada são dotadas de eficácia jurídica (que permite a revogação de todas as demais leis incompatíveis com seu texto normativo), e por trazerem em seu bojo direito fundamental, aplicabilidade imediata, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que expressamente declara: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Genacéia da Silva Alberton (2003, p. 128), argumenta que mesmo que o direito à moradia seja entendido como uma norma de eficácia limitada e necessite

¹⁸ Art. 6º 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. (Original não grafado)

de regulamentação específica, ainda assim não tem o condão de afastar a impenhorabilidade do bem de família do fiador, pois “a atuação mínima do Estado se apresenta a função do Judiciário que é interpretar as normas legais à luz das coordenadas constitucionais”.

De acordo com a doutrinadora, se entendido que o direito à moradia configura uma norma de eficácia reduzida ou limitada, enquanto não sobrevir a respectiva lei regulamentadora, incumbe ao Poder Judiciário, intérprete da Lei, interpretar o direito à moradia à luz dos preceitos constitucionais e zelar pela efetividade deste direito.

Portanto, para a segunda corrente, com o advento da Emenda nº 26 a previsão constante no inciso VII da Lei 8.009/1990 deveria ser considerada inconstitucional por brutal ofensa ao fundamental e social direito à moradia.

Em verdade, a corrente que defende a impenhorabilidade do bem de família do fiador na relação locatícia tem como vigas mestres dos seus argumentos os princípios constitucionais da isonomia e proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, se faz conveniente a análise das razões dos defensores da tese da impenhorabilidade, sob a luz dos mencionados princípios.

4.3.2 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia representa o princípio da igualdade, impõe tratamento igualitário àqueles que se encontram numa mesma situação, basicamente se resume em tratar igual, os iguais, e desigual os desiguais, na medida de suas respectivas desigualdades.

Trata-se de um princípio previsto constitucionalmente (artigo 5º, “caput”), que visa sem qualquer distinção igualar todos perante a lei, e traz como premissa o preceito de que “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”.

Com fulcro na acessoriedade do contrato de fiança, e considerando, pela regra, que o fiador é devedor subsidiário, a corrente que defende a

inconstitucionalidade da penhora sustenta que a exceção prevista pelo inciso VII da Lei 8.009/1990 viola significativamente o princípio da isonomia, tendo em vista que a Lei permite que fiador, devedor subsidiário e garantidor da dívida terceiro, tenha seu imóvel bem de família penhorado e impede que o locatário, principal devedor, sofra tal constrição, inclusive em ação de regresso proposta pelo fiador.

Esta corrente entende que se o devedor principal não pode sofrer a constrição de perder seu único imóvel, com base no princípio da isonomia, que impõe tratamento igualitário a situações idênticas, o fiador também não poderia sofrê-la.

Outrossim, defendem que a fiança enquanto contrato acessório, não pode trazer mais obrigações que o contrato principal.

Deste modo, sob pena de violar o princípio da isonomia, fiador e devedor não podem receber tratamento diferenciado. Para os adeptos desta corrente, as obrigações do fiador e devedor são da mesma natureza e, portanto, iguais, vez que derivam da mesma causa (contrato de locação) e tem o mesmo credor (locador).

Partindo da premissa de que as obrigações do fiador e do locatário têm a mesma base jurídica, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 331), entendem não ser justo que o primeiro responda com seu bem, quando a mesma exigência não é feita ao segundo, e questionam a razoabilidade desta medida.

Em contraposição aos defensores da impenhorabilidade, e tentando afastar o argumento da ofensa ao princípio da isonomia, Heitor Vitor Mendonça Sica (2003, p. 47) explica que:

Dizer que locatário e fiador são devedores de obrigações iguais não corresponde à verdade. O locatário responde pelas obrigações assumidas no contrato de locação, ao passo que o fiador pelo contrato acessório, de garantia. Muito embora o objeto das prestações devidas por ambos seja o mesmo, os contratos que deram origem a elas são diferentes, com requisitos e vicissitudes próprias. Se assim não fosse, o locatário poderia alegar que o art. 1483 do CC¹⁹, que consagra o princípio de que a fiança há de ser interpretada restritivamente, fere o princípio da isonomia, pois o

¹⁹ Quando o autor se refere ao artigo 1483, o faz fundado no antigo Código Civil de 1916, atualmente, leia-se artigo 819.

ordenamento não estabelece o mesmo postulado para o contrato de locação. (Original não grafado)

Para o autor, devedor e fiador não possuem idênticas obrigações, pois entende que um (devedor), responde por obrigações decorrentes do pacto locatício, ao passo que o outro (fiador), por obrigações decorrentes do contrato de fiança.

Em suma, para os defensores da penhora do bem de família do fiador, não há que se falar em inconstitucionalidade do inciso VII da Lei, tendo em vista que fiador e devedor assumem obrigações distintas. Ao passo que para a corrente oposta, a exceção prevista pelo legislador não deve prosperar, vez que, em razão da posição de igualdade entre fiador e devedor, a lei jamais poderia ter conferido tal previsão ao primeiro, que enquanto mero garantidor da dívida, não pode ser tratado de forma mais rígida que o devedor principal, real inadimplente.

4.3.3 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana

Como bem explicam Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 32-33), o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, denominada “princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios”, logo, todas as normas jurídicas devem ser compatíveis com essa proteção inafastável.

A dignidade da pessoa humana constitui um princípio fundamental que confere à pessoa garantias mínimas, como educação, saúde, emprego, moradia, etc., de tal modo, qualquer ofensa a essas garantias indiretamente ofendem ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que representa um valor guia para todo ordenamento jurídico.

Por sua essência, o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre considerar a pessoa em detrimento do patrimônio.

Neste sentido, Flávio Tartuce (2010, p. 427), defensor permanente da inconstitucionalidade do dispositivo legal que permite a penhora do bem de família do fiador, inclusive após o julgamento do STF, que será abordado a seguir, entende que a exceção prevista pelo legislador desrespeita a proteção constitucional do

direito à moradia, enquanto uma das exteriorizações do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana.

Sustenta que quando a Lei 8.009/1990 dispõe acerca da impenhorabilidade do bem de família, em consonância com o princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, contempla a proteção à família, ao direito constitucional, social e fundamental à moradia, e acima de tudo, à própria dignidade humana prevista constitucionalmente.

De outro vértice, como bem pondera a corrente defensora da eficácia da penhora (constitucionalidade do inciso), se com fulcro no direito à moradia e, sobretudo, na dignidade da pessoa humana adotar-se a tese da inconstitucionalidade do inciso VII, todas as demais exceções contempladas pelo legislador por extensão também devem ser declaradas inconstitucionais.

Na tentativa de rechaçar o respectivo argumento, o civilista José Fernando Simão (2007, p. 93-95), sabiamente esclarece que os incisos I, II e IV afastam o direito à proteção legal da impenhorabilidade porque tratam de débitos inerentes ao próprio imóvel, oriundos das chamadas obrigações *propter rem*, que impedem juridicamente a alegação de impenhorabilidade, tendo em vista não representarem obrigações civis tradicionais, mas obrigações que acompanham a própria *res* (coisa), obrigações híbridas, que se originam do direito real mas são tratadas como direito obrigacional.

Quanto aos incisos III, V e VI, entende que da mesma forma não há violação, pois, em relação ao inciso III, considerando o conflito de bens jurídicos envolvidos, entende pertinente a exceção, vez que coerente prevalecer o direito à vida em detrimento do direito à moradia do devedor de alimentos. Quanto ao inciso V, explica que quando a família entrega o bem em garantia, renuncia o benefício previsto em lei, logo, invocá-lo posteriormente seria beneficiar-se da própria torpeza, malícia não permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, em relação ao inciso VI, entende justificada a exceção por considerar que a Lei não pode beneficiar o criminoso em detrimento da vítima.

Portanto, para a corrente adotada por alguns civilistas contemporâneos, com a ofensa ao direito à moradia, ao princípio da isonomia e, principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, a exceção da

impenhorabilidade do bem de família prevista pelo legislador no inciso VII da Lei 8.009/1990, viola alicerces fundamentais do Estado de Direito e não se justifica.

4.4 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF)

Como se verifica, a discussão era bastante acirrada, com argumentos e contra-argumentos para ambos os lados. Longe de ser pacificada e considerando a falta de interpretação uniforme do dispositivo, principalmente nos tribunais, como esperado, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, órgão guardião da Constituição e instância máxima de julgamento em matérias constitucionais.

Composto por 11 ministros acima de trinta e cinco anos, e menos de sessenta e cinco, com notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado, o Supremo tem sua competência delineada pelo artigo 102 da Constituição Federal e por seu regimento interno²⁰ que o divide em três órgãos: Plenário, Turmas e Presidente.

Às turmas compete decidir toda matéria não reservada ao Plenário, que tem por competência, dentre outras definidas pelo regimento, a decisão pela inconstitucionalidade ou interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Quando todos os ministros se reúnem para votação, têm-se as chamadas “sessões plenárias”, das quais o Presidente do Tribunal sempre participa.

Foi em uma dessas sessões, no dia 08 de fevereiro de 2006, nos autos do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 407.688/SP, que por maioria o Plenário do STF conheceu e negou provimento ao recurso interposto contra decisão denegatória de agravo de instrumento do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que indeferiu pedido de liberação de construção judicial recaída sobre bem de família do fiador, então recorrente.

Conforme ementa a seguir transcrita, por meio desta decisão, o Supremo declarou constitucional o dispositivo que prevê a penhorabilidade do bem de família do fiador, veja:

²⁰ Disponível no site www.stf.jus.br

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de ser 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 8.009/1990, com a redação da Lei nº 8.245/1991. Recurso Extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (STF. RE 407.688/SP. Plenário. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento: 08/02/2006). (Negrito no original)

Em suma, no processo discutia-se justamente se com o advento da Emenda nº 26, persistia ou não a exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador prevista no inciso VII da Lei 8.009/1990.

A decisão pronunciada nos autos do recurso foi proferida pelo plenário, com a manifestação de todos os ministros que participaram do julgamento. Sendo que alguns votaram pela inconstitucionalidade, e outros (maioria), pela constitucionalidade do dispositivo.

Conforme argumentos explanados pelo Ministro Cesar Peluso, relator do processo, o direito à moradia, enquanto direito social, deveria ser visto de forma ampla, e não apenas sob a ótica dos proprietários de um imóvel.

Reconhecendo que a tutela à moradia abarca principalmente os não proprietários, e valendo-se do argumento de que os locadores não locam sem garantia, o Ministro entendeu que o Estado pode concretizar o direito à moradia, estabelecendo, inclusive, na hipótese de ser exigida garantia como condição de acesso ao mercado imobiliário das locações, exceção à impenhorabilidade do bem de família.

Embasando-se naqueles que não tem condições econômicas de serem proprietários de um imóvel e precisam valer-se da locação para terem acesso à moradia - classe por ele chamada de “despossuídos” -, o Ministro entendeu que a exceção prevista pelo legislador “é uma das modalidades de conformação do direito de moradia por via normativa”, e referindo-se à disposição constante na Constituição Portuguesa, sustentou que para tutelar esse direito “o Estado pode tomar uma medida de incentivo à moradia arrendada, que compreende os casos de locação”.

O Ministro negou provimento ao recurso e entendeu pela constitucionalidade da exceção prevista pela Lei de Locações; seguindo seu voto os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, sendo que para este último, a exceção prevista pela Lei nos remete ao confronto entre dois princípios fundamentais que merecem tratamento igualitário, qual seja: direito social à moradia x direito à liberdade, consubstanciado na autonomia de vontade, em especial, na autonomia de contratar.

Para o supracitado Ministro, quando se presta a fiança, significa dizer que por livre manifestação de vontade alguém (fiador), decidiu obrigar-se contratualmente por outrem (devedor afiançado), assumindo, como consequência dessa contratação, todos os ônus da relação, inclusive a possibilidade de perder seu único imóvel, protegido até então pelo direito social e fundamental à moradia.

Argumentando que os direitos fundamentais não são absolutos, esclareceu que “em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta”.

No mesmo entendimento, o Ministro Gilmar Mendes acrescentou ao debate o princípio da autonomia privada, enquanto princípio integrante dos direitos de personalidade, e votou pela constitucionalidade do dispositivo legal.

Também acompanharam o voto do Ministro César Peluso, a ex-ministra Ellen Gracie, que considerando os princípios constitucionais que asseguram a proteção à família; a finalidade da impenhorabilidade em proteger o núcleo familiar; bem como o fato de que “a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação”, entendeu que a exceção não violava a Magna Carta e, portanto, deveria ser entendida como constitucional.

No mesmo sentido ainda foram os posicionamentos dos ex-ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, ao afirmarem que quando o legislador viabiliza a locação está, na realidade, concretizando o direito à moradia.

Contudo, com argumentos contrários, o ex-ministro Eros Grau, entendendo injustificável a exceção prevista pelo legislador e invocando precedentes da Corte, afirmou que com o advento da Emenda nº 26, que conferiu nova redação

ao artigo 6º da Constituição Brasileira, a exceção prevista pela Lei 8.009/1990 em seu artigo 3º, inciso VII, não foi recepcionada. Em suas exatas palavras:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Ai, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar - a dignidade da pessoa humana, pois, - a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual.

Para o ex-ministro, a exceção ao benefício da impenhorabilidade prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990 ofendia o princípio da isonomia, vez que o fiador não goza deste benefício e o locatário sim, inclusive em ação de regresso movida pelo fiador.

O ex-ministro defendeu que o argumento de que o artigo 6º da Constituição Federal seja uma norma programática e necessite de lei ordinária para regulamentá-la para só assim ter eficácia não deveria prosperar, uma vez que os textos constitucionais são dotados de eficácia vinculante. Usando como referência decisão do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, cujo entendimento denota que deste modo não entendido vulnera-se a hierarquia normativa da Constituição, o ex-ministro afirmou que nesta linha de pensamento “bastaria a omissão do Poder Legislativo para que o preceito constitucional fosse retirado de vigência”.

Sustentou também que não se pode fazer leitura da Constituição para atender à lógica do mercado imobiliário das locações, e muito menos comprometer direitos e garantias à fluência desse mercado.

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Britto remetendo-se à Constituição que traz a moradia como um direito social (artigo 6º), necessidade vital básica do trabalhador e sua família (artigo 7º, inciso IV), e como uma política pública (artigo 23, inciso IX), entendeu pela indisponibilidade do direito à moradia e concluiu que o contrato de fiança não poderia permitir sua decadência. Defendendo ainda que como a família tem “especial” proteção do Estado, conforme previsão constante no artigo 226 da Constituição, a exceção prevista pelo legislador, sem dúvidas, violava o disposto na Constituição.

Seguindo o posicionamento dos Ministros Eros Grau e Carlos Brito, o Ministro Celso de Mello, ao se manifestar acerca da constitucionalidade ou não dispositivo, também invocando precedente da Corte, defendeu que a exceção prevista pela Lei violava o princípio da isonomia, vez que trata de forma desigual situações iguais. Reconhecendo o direito à moradia como uma “necessidade básica da pessoa”, o Ministro entendeu que o Poder Público deveria zelar por esse direito, logo, plenamente inconstitucional a exceção.

Conforme se observa, em decisão não unânime, por sete votos a três, o Supremo reconheceu constitucional a exceção constante no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990.

Sopesando que nem mesmo o guardião da Constituição foi linear ao decidir a matéria, após o julgamento, alguns Tribunais ainda se manifestaram de forma contrária à decisão do Excelso Tribunal, conforme demonstram as ementas abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES - APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - PENHORA - IMÓVEL DO FIADOR - BEM DE FAMÍLIA - DIREITO À MORADIA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E IGUALDADE – IRRENUNCIABILIDADE. A partir da Emenda Constitucional nº. 26/2000, a moradia foi elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao imóvel do fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito. Em respeito ao princípio da igualdade, deve ser assegurado tanto ao devedor fiador quanto ao devedor principal do contrato de locação o direito à impenhorabilidade do bem de família. Por tratar-se de norma de ordem pública, com status de direito social, a impenhorabilidade não poderá ser afastada por renúncia do devedor, em detrimento da família. (TJMG. AI 1.0480.05.076516-7/002 (1). 18ª Câmara Cível. Relator: Des. Viçoso Rodrigues. Data de Julgamento: 19/02/2008) (Original não grafado).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO - IMPENHORABILIDADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ISONOMIA - VIOLAÇÃO PELO INCISO VII DO ARTIGO 3º DA LEI 8.009/90, ACRESCIDO PELO ARTIGO 82 DA LEI 8.245/91 - INCONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA DE SÚMULA VINCULANTE DO STF EM SENTIDO CONTRÁRIO - CONTROLE DIFUSO REALIZADO PELO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE NO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE 0003/2008 - RECURSO DESPROVIDO - DECISAO UNÂNIME (TJSE. AI 2008203947. 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Cláudio Dinart Déda Chagas. Data de Julgamento: 05/05/2009). (Original não grafado).

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENHORA SOBRE BEM DE FAMÍLIA - FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO - PRELIMINAR - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA - AFASTADA - INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VII DO ARTIGO 3º DA LEI 8009/90 - NULIDADE DA PENHORA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJMS. AC 2008.025448-7. 5ª Turma Cível. Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva. Data de Julgamento: 28/05/2009) (Original não grafado)

Respectivos julgados são pertinentes e cobertos de legalidade, vez que o julgamento do RE 407.688/SP não impede que os Tribunais julguem contrários à posição do Supremo, uma vez que a decisão julgada não tem poder para vincular os demais órgãos do Poder Judiciário.

Apenas haveria essa vinculação se a matéria julgada fosse objeto de súmula vinculante, figura criada pela Emenda nº 45, de 08 de dezembro de 2004, e prevista no artigo 103-A da Constituição Federal e na Lei 11.417/2006, cuja finalidade é uniformizar decisões em prol da segurança jurídica e evitar a multiplicação de processos sobre a mesma matéria constitucional, na qual o Supremo já tenha se manifestado a respeito de forma vinculante.

Conforme reza a Constituição:

Art.103-A – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§1º A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Original não grafado)

Portanto, haverá vinculação dos demais juízes e tribunais, se por ventura, futuramente o Supremo vir a transformar o entendimento aqui mencionado em súmula vinculante, por enquanto, como a questão ainda não está sumulada, é perfeitamente possível que juízes e tribunais, valendo-se do princípio do livre convencimento motivado, julguem de forma contrária a decisão, no entanto, sob o risco de terem suas decisões reformadas pelas instâncias superiores.

4.5 Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

Em suma, os tribunais contrários à tese da penhorabilidade do bem de família do fiador sustentam que a penhora é inconstitucional por violar o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, do direito social e fundamental à moradia constante no rol dos direitos sociais.

A violação à isonomia, bem como à razoabilidade, se apresenta em razão do legislador entender impenhorável o imóvel bem de família do devedor principal e penhorável o do fiador, mero garantidor da obrigação que pratica liberalidade em favor de terceiro.

Quanto à dignidade da pessoa humana, enquanto princípio inerente ao Estado Democrático de Direito, que protege a pessoa humana acima de qualquer outro bem, este princípio deve ser acolhido como um superprincípio e assim ser sempre considerado, pois à frente das obrigações está a dignidade, logo, o devedor não pode ser levado ao desabrigo para que o crédito do credor seja satisfeito, vez que isso acarreta brutal ofensa à dignidade da pessoa humana.

Contrapondo o argumento do Supremo, e embasando o aqui defendido, esses tribunais também entendem que a penhorabilidade do bem de família do fiador não estimula ou facilita o acesso à habitação arrendada,²¹ defendida pelo Ministro Cesar Peluso, vez que nesta situação, na realidade, se acaba é desestimulando possíveis fiadores.

Em relação ao direito social e fundamental à moradia, reconhecem que o artigo 6º da Constituição Federal é uma norma de ordem pública, auto-aplicável, de eficácia plena e imediata, manifesta do interesse social que deve prevalecer em detrimento do particular. O que significa dizer que o dispositivo infraconstitucional constante na Lei 8.009/1990 (artigo 3º, inciso VII) não foi recepcionado pela Constituição após o advento da Emenda nº 26/2000, que conferiu nova redação ao “caput” do referido artigo.

²¹ Entenda-se habitação alugada, nos termos dos comentários tecidos no tópico 4.1

Nesse contexto, é indiscutível que o direito à moradia representa um direito fundamental e social inerente a toda pessoa, Loreci Gottschalk Nolasco (2008, p. 88) o define como:

O direito de moradia consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. Trata-se de direito *erga omnes*. Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção.

O direito à moradia é o direito de morar, e não pode ser confundido com o direito de propriedade, pois é mais amplo, visa assegurar um asilo inviolável à família, podendo ser concretizado através da propriedade ou por meio da locação, no caso das famílias menos favorecidas economicamente.

O direito à moradia é o direito mínimo necessário a uma vida decente e digna. É premissa fundamental à discussão, pois quando o fiador presta fiança, conforme bem ponderou o Ministro Cesar Peluso, está, na realidade, concretizando o direito de moradia de outro indivíduo, no caso o locatário, que para ter o seu direito assegurado, necessita do contrato de fiança.

Todavia, quando a Lei excepciona que nesta hipótese o fiador pode sofrer eventual constrição em seu bem de família, é o direito mínimo de morar do fiador que passa a necessitar de proteção e concretude.

Assim, ao excepcionar a impenhorabilidade do bem de família do fiador, a lei garante o direito de moradia do locatário, responsável pelo inadimplemento das obrigações, em detrimento do direito à moradia do fiador, mero garantidor da dívida, que enquanto devedor subsidiário, não pode ser punido de forma mais severa que o locatário, principal devedor.

Quando o fiador assume essa condição, exerce outro direito fundamental implícito (vez que a Constituição Federal não o consagra de forma expressa como faz com outros direitos), qual seja, a autonomia da vontade consubstanciada na liberdade de contratar.

A autonomia da vontade pode ser entendida como a possibilidade que o indivíduo tem de se manifestar segundo seus próprios desejos, de se autodeterminar, nas palavras de George Marmelstein (2008, fls. 94), é “a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências”.

Assim, como bem invocou o Ministro Joaquim Barbosa, a polêmica também envolve o conflito entre esse dois direitos fundamentais (direito à moradia e autonomia da vontade).

Lecionam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 140-148), que os direitos fundamentais possuem características intrínsecas e extrínsecas.

Intrínsecas são àquelas essenciais à identificação desses direitos, sendo elas: historicidade, autogeneratividade, universalidade, limitabilidade, irrenunciabilidade e concorrência (ou cumulatividade). Ao passo que as extrínsecas, àquelas que os distinguem dos demais direitos, como as hipóteses da rigidez constitucional, normas pétreas e aplicabilidade imediata.

Dessas características, ao tema em estudo merecem destaque a limitabilidade, a irrenunciabilidade e aplicabilidade imediata.

A limitabilidade dos direitos fundamentais, grosso modo, pode ser entendida como a característica que revela a ideia de que nenhum direito, nem mesmo os fundamentais, são absolutos. O que significa dizer que, em eventual colisão de direitos²², onde se confrontam posições subjetivas, não haverá absolutismo de um em relação ao outro, devendo o intérprete, no caso concreto, sopesar os valores em jogo e com fulcro na ponderação de valores buscar uma solução ao conflito.

A característica da irrenunciabilidade exprime que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, haja vista serem direitos mínimos de proteção, inerentes a toda pessoa. O que significa dizer que renunciá-los seria renunciar a própria condição humana.

²² Colisão de direitos não se confunde com concorrência de direitos, enquanto a colisão envolve conflito de posições subjetivas, a concorrência envolve conflito de dois ou mais direitos em relação a um mesmo titular.

Por fim, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, a terceira característica revela que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata. Ou seja, ainda que se manifestem em uma norma de eficácia limitada, que como visto, necessita de regulamentação infraconstitucional, por ser acima de tudo uma norma que reflete direito fundamental, não necessita de norma regulamentadora para ter aplicabilidade.

Deste modo, pode-se concluir que quando o fiador assume essa condição por meio do contrato de fiança e sofre a penhora de seu único imóvel, asilo familiar, indiretamente está renunciando seu direito à moradia, no entanto, como os direitos fundamentais são irrenunciáveis, esta renúncia não pode ser considerada válida, tampouco produzir qualquer efeito.

Neste sentido, como bem pondera o Desembargador Viçoso Rodrigues nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.0480.05.076516-7/002, julgado em 19/02/2008 pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, “se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda entidade familiar.”

Em relação à liberdade de contratar, por óbvio que esta não pode se sobrepor à proteção da entidade familiar prevista na Constituição em seu artigo 226, “caput”, sob pena de ocorrer inversão de valores fundamentalmente assegurados, logo, o Estado não pode permitir que a liberdade de contratar prevaleça em detrimento do direito à moradia, enquanto exteriorização do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.

Além disso, para Francisco Emílio Baleotti (2003, p. 459-460), é possível a parte contratante, desde que esteja de boa-fé, opor-se ao cumprimento de um contrato quando este lhe é lesivo ou ofende norma constitucional.

E para Roberto Senise Lisboa (2004, p. 50), “é limitado demais afirmar que as obrigações existem para serem cumpridas”, haja vista que o objetivo do direito obrigacional é “a satisfação da pessoa, desde que harmônica aos interesses da sociedade”.

Tais afirmações ocorrem em razão da função social do contrato, que é um importante princípio de limitação à liberdade de contratar, conforme artigo 421 do Código Civil²³.

Como explica Claudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 119), “por meio dela, retira-se o contrato da perspectiva individualista”, vez que o contrato deve atender aos propósitos e valores escolhidos pelo sistema para serem protegidos.

Portanto, sob a ótica da função social, os contratos devem atender os valores instituídos pela sociedade, e sua respectiva interpretação deve ser pautada na proteção conferida a esses valores.

Consoante explica o enunciado nº 23 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF):

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.

Assim, infringindo o direito fundamental e social à moradia, a exceção prevista pelo legislador faz com que o contrato de fiança não atenda sua função social, que seria justamente a de zelar pela efetividade desse direito.

Para algumas pessoas, é injusto que o locador não tenha sua obrigação satisfeita por aquele que a assumiu ou garantiu, principalmente mediante o contrato de fiança, que tem essa finalidade e vincula o garantidor com todo seu patrimônio presente e futuro, inclusive seu único imóvel familiar.

Contudo, como esclarece Roberto Senise Lisboa (2004, p. 46):

Não se pretende fazer uma apologia do mau pagador. O credor tem todo direito de receber o que é devido pelos meios legítimos e não proibidos pelo sistema jurídico. Somente não se pode permitir que a redução do patrimônio do devedor inviabilize a sua subsistência ou de sua família, sob pena de vulneração do princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana.

²³ Art. 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Com o auxílio dos princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro, este estudo busca demonstrar que a exceção prevista pelo legislador infraconstitucional é incompatível com a Constituição Brasileira, responsável por cuidar dos princípios e direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito.

Como ensina George Marmelstein (2008, p. 235) sobre os direitos fundamentais:

Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção privilegiada. Eles são (perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis no jogo político. [...] Eles estão acima das leis, constituindo fundamento ético de todo ordenamento jurídico.

Segundo o autor, a supremacia dos direitos fundamentais implica três consequências: inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais incompatíveis com esses direitos; não recepção de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição e contrárias aos mesmos, e reinterpretação das normas anteriores à Constituição, e desde que com ela compatíveis.

Como o objeto deste trabalho é analisar a exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador, será estudada apenas a primeira consequência.

Foi visto em linhas anteriores que a Constituição Brasileira assegura o direito à moradia como um direito social e fundamental, e a Lei 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, protege o seio familiar e assegura à família, via de regra, o direito à moradia.

Como em seu artigo 3º a Lei traz sete hipóteses que excepcionam a impenhorabilidade, dentre elas o inciso VII, que ressalva a regra em relação ao fiador, pelos argumentos expostos, nota-se que a exceção não deveria existir, eis que incompatível com os princípios e regras que regulam os contratos, e, sobretudo, com a própria Constituição Federal.

Deste modo, ante a existência e vigência do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, o mesmo deve ser declarado inconstitucional, já que configura uma

previsão incompatível com os valores cultivados pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente os cominados pelos direitos fundamentais.

4.6 Atual Panorama Jurisprudencial

Conforme examinado, após o julgamento do RE 407.688/SP, determinados tribunais, contrários à tese adotada pelo Supremo, entendendo inconstitucional a previsão constante no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/1990, ainda reconheciam a impenhorabilidade do bem de família do fiador, como por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e do Mato Grosso do Sul, que chegaram a reconhecer a impenhorabilidade do bem poucos meses após o julgamento do STF, conforme ementas abaixo transcritas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXISTÊNCIA DE DOIS SOBRADOS NO IMÓVEL CONSTRITO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO JUÍZO A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E INOVAÇÃO RECURSAL CARACTERIZADA. PEDIDO QUE NÃO SE CONHECE - PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. ARTIGO 3º, INCISO VII da Lei 8.009/90. INCONSTITUCIONALIDADE. AFRONTA AOS ARTIGOS 5º E 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. (TJPR. AI 0352151-1. 16ª Câmara Cível. Relator(a): Des. Maria Mercis Gomes Aniceto. Data de Julgamento: 16/11/2006) (Original não grafado).

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À ARREMATÇÃO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - ARTIGO 741, III, DO CPC - NÃO OCORRÊNCIA - IMPENHORABILIDADE - BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. ARTIGO 741, III, CPC. A ilegitimidade de parte, prevista no artigo 741, III, do CPC, refere-se aos artigos 566 a 568, do CPC. Não cabe às partes, condenadas quando da ação de conhecimento a pagar em quantia certa em decorrência de fiança prestada em contrato de locação, suscitar sua ilegitimidade somente nos embargos oferecidos à execução do título executivo judicial, sob o argumento de que não teria anuído à prorrogação da locação, em observância ao princípio do deduzido e dedutível (artigo 474, do CPC). É impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei n 8.009/90, não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n. 26/2000). Recurso parcialmente provido. (TJMS. AC 2006.006110-9. 3ª Turma Cível. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Data de Julgamento: 29/05/2006) (Original não grafado).

Em razão da manifesta inconstitucionalidade da exceção, bem como da ausência de súmula vinculante a respeito do tema, os recursos em busca de reconhecimento da impenhorabilidade continuaram chegando em massa aos tribunais de instâncias inferiores, fato que obrigou o STF a novamente se manifestar, desta vez, em 13 de agosto de 2010, nos autos do RE 612.360/SP.

No julgamento do respectivo recurso, a Ministra Ellen Gracie ratificou a jurisprudência firmada pelo Supremo e em decisão monocrática reafirmou o entendimento da Corte proferido em 2006, que reconhecendo a constitucionalidade da exceção contida na Lei 8.009/1990 (artigo 3º, inciso VII) entendeu penhorável o imóvel bem de família do fiador.

No julgamento do RE 612.360/SP, o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral sobre a matéria suscitada, o que se verifica todas as vezes que a questão constitucional em análise ultrapassa os limites subjetivos da causa e reflete tema relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico (artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil).

Entretanto, a nova decisão proferida trata-se apenas de uma “orientação”, o que significa dizer que os tribunais não estão sujeitos a acatá-la, podendo inclusive o tribunal *a quo* que selecionou o recurso representativo da controvérsia que envolve a multiplicidade de recursos extraordinários prevista no “caput” do artigo 543-B do Código de Processo Civil, se manifestar de forma contrária à decisão do STF, hipótese, no entanto, que o Supremo poderá “cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (artigo 543-B, § 4º).

Neste sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2007, p. 251) esclarecem que a possibilidade do juízo *a quo* manter sua decisão tal como foi proferida não pode ser afastada, exceto se o STF editar súmula vinculante a respeito do tema, hipótese em que indiscutivelmente haverá vinculação.

Entretanto, apesar da inexistência de súmula vinculante, infelizmente a jurisprudência vem acolhendo o julgado do STF e adotando a tese da penhorabilidade do bem de família do fiador, consoante demonstram os recentes julgados a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. fiador. PENHORA. A teor do artigo 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, o imóvel residencial pertencente ao fiador de contrato de locação que figura na execução em razão da fiança prestada é penhorável. Precedentes das Cortes Superiores e deste Tribunal. Recurso a que se nega seguimento (TJRS. AI 70050423649. 16ª Câmara Cível. Decisão Monocrática. Relator(a): Des. Ana Maria Nedel Scalzilli. Data do Julgamento: 14/08/2012) (Original não grafado).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Fiador em contrato locatício. Bem de família. Penhorabilidade. A Lei n.º 8.245/91 introduziu uma nova hipótese de exclusão da impenhorabilidade do bem de família, estabelecendo ser válida a penhora do bem destinado à moradia da família do fiador, em razão da obrigação decorrente de pacto locatício. Inserção da moradia como direitos sociais pela Emenda Constitucional nº 26/00. Norma de conteúdo programático. Mantida a constrição judicial. Recurso desprovido. (TJSP. AI 0088705-57.2012.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Mello Pinto. Data de Julgamento: 31/08/2012) (Original não grafado).

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. PENHORA QUE RECAI SOBRE O IMÓVEL UTILIZADO PELO FIADOR E SUA FAMÍLIA COMO MORADIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECENDO A CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VII ARTIGO 3º DA LEI N 8.009/90. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR. AI. 933.508-0/01. 12ª Câmara Cível. Relator(a): Des. Ivanise Maria Tratz Martins. Data de Julgamento: 29/08/2012) (Original não grafado).

Contudo, frisa-se mais uma vez, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não têm força vinculante e apenas demonstram a posição majoritária da Corte, não impedindo que aplicadores do direito de instâncias inferiores decidam contrários à tese predominante, inclusive em sede de controle difuso de constitucionalidade²⁴.

²⁴ Neste sentido, vide decisão do Tribunal de Justiça de Sergipe no julgamento do incidente de inconstitucionalidade 0003/2008 (acórdão 2323/2009), que por maioria dos votos declarou inconstitucional a exceção de penhora do bem de família do fiador.

5 CONCLUSÃO

Por todo exposto, é possível concluir que desde o período Romano, há uma preocupação da sociedade com a entidade familiar, precisamente no Brasil, o legislador constituinte, reconhecendo-a como “base da sociedade”, atentou-se inclusive em lhe conferir proteção constitucional, o que se permite afirmar que um dos meios de exteriorização desta proteção é o implemento do instituto do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse instituto reconhece a impenhorabilidade face às execuções por inadimplemento de obrigações ao imóvel que sirva de asilo à família. Ou seja, o bem de família corresponde ao bem inapto a sofrer constrições por dívidas, assegurando à família o direito de propriedade, e acima de tudo, à moradia.

Conforme explicado ao longo deste trabalho, essa impenhorabilidade, no entanto, não é absoluta, vez que a Lei 8.009/1990 traz hipóteses de exceção à regra, dentre elas, o inciso VII, que prevê a penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação.

Considerando que o cotidiano revela o contrato de locação como um dos contratos mais celebrados, para atender esse mercado, o contrato de fiança confere maiores garantias ao locador, pois neste, o fiador assume a responsabilidade de adimplir com a obrigação do devedor afiançado caso este não a faça no tempo e modo avençados.

De acordo com a vontade do legislador infraconstitucional, o bem de família do devedor é impenhorável, ao passo que o do fiador, em regra, devedor subsidiário, penhorável, eis que não goza desta mesma proteção, circunstância que viola de modo significativo a Constituição Brasileira, que traz em seu bojo o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, e o direito fundamental e social à moradia.

Não obstante essas nítidas violações, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, ao analisar a exceção reconheceu que o dispositivo não ofende o texto constitucional. Contudo, ainda que o STF tenha reconhecido a

constitucionalidade da exceção prevista pelo legislador, conforme demonstrado, não se pode privilegiar a liberdade de contratar em avaria ao direito à moradia.

Exemplificativamente, imagine que “A” deseja se matar, como o direito à vida é um direito fundamental, mas, assim como o direito à moradia, não é um direito absoluto, adotando-se a tese de que o direito à liberdade deve prevalecer, neste exemplo hipotético, o Estado poderia então permitir que o indivíduo se matasse, haja vista a existência do direito de liberdade?

Evidente que não. Logo, da mesma forma que interfere nestas situações, deve interferir na exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador.

Ademais, o argumento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de que essa exceção atenta-se justamente para a efetivação do direito à moradia daqueles que necessitam locar um imóvel não prospera, já que, nesse caso, para essas pessoas terem o “seu” direito à moradia assegurado, sacrifica-se o direito à moradia do fiador.

Desproteger aquele que tem um bem em prol do que não tem, é como descobrir um lado para cobrir outro. Quando o fiador não tem mais imóvel próprio, necessita da locação para efetivar seu direito à moradia, logo, volta-se ao problema inicial, fato que demonstra nitidamente a incongruência do argumento utilizado pelo STF.

Se o objetivo da exceção é efetivar o direito à moradia de determinada classe de pessoas, incumbe ao Estado, responsável por proteger o seio familiar, promover novas políticas, inclusive mais eficazes, e oferecer outra solução ao mercado imobiliário das locações, não permitir a violação do direito do fiador em prol desse mercado, que na realidade acaba se enfraquecendo, considerando que agora possíveis fiadores pensam duas vezes antes de se aventurarem no contrato de fiança.

Os contratos não podem ofender o direito mínimo à moradia, atrelado ao princípio máximo da proteção da dignidade da pessoa humana, especialmente o contrato de fiança, que tem por finalidade justamente contribuir para o exercício desse direito.

Portanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode concluir que a penhorabilidade do bem de família do fiador seja constitucional, pois, partindo da premissa de que a Constituição Federal é o ápice da pirâmide normativa, os direitos fundamentais ali constantes também o são, logo, todos os demais atos normativos, como as leis infraconstitucionais, regulamentos e demais atos regulamentares devem guardar compatibilidade com esses direitos sob pena de serem inconstitucionais.

Assim, por todo o exposto durante este trabalho, e considerando a inexistência de súmula vinculante a respeito do tema, a chama da esperança de que o dispositivo ainda seja declarado inconstitucional permanece acesa.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). IV Jornada de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil: enunciado 364. In:_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). I Jornada de Direito Civil: parte geral: enunciado 23. In:_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2012.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

ANTONIUK, Elisete; UTIME, Marly Célia. **A proteção do bem de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). **Efetivando direitos constitucionais**. Bauru: Edite, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família: com comentários à Lei 8.009/1990**. São Paulo: RT, 2002.

AZEVEDO, Gilmal Alvez de. **Da Locação: doutrina, prática, legislação e jurisprudência**. 2. ed. Leme-SP: Fórum, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPec&pagina=principal>> Acesso em: 02 out. 2012.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004**. Brasília, 2004. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPec&pagina=principal>> Acesso em: 02 out. 2012.

_____. **Lei 556 de 25 de Junho de 1850**. Brasília: Senado, 1850. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. **Lei 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**. Brasília: Senado, 1973.

_____. **Lei 8.009 de 29 de Março de 1990**. Brasília: Senado, 1990.

_____. **Lei 8.245 de 18 de Outubro de 1991**. Brasília: Senado, 1991.

_____. **Novo código Civil: lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília: Senado, 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de ser imóvel residencial. Bem de família**. Recurso Extraordinário nº 407.688-8, São Paulo. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: atualizado até julho de 2012. Brasília: STF, 2012. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2012.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 205**. A lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=131>>. Acesso em: 02 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 332.** A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=161>>. Acesso em: 02 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 364.** O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=131>>. Acesso em: 02 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Apelação cível. Embargos à arrematação. Ação de execução. Título executivo judicial. Ilegitimidade passiva AD CAUSAM. Artigo 741, III, do cpc. Não ocorrência. Impenhorabilidade. Bem de família do fiador . Recurso parcialmente provido. Recurso parcialmente provido.** Apelação Cível nº 2006.006110-9. Apelante: Elida Ferreira Mechi e outro(s). Apelado: Sisika Misioka. Relator: Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo. Campo Grande, 29 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6005519/apelacao-civel-ac-6110-ms-2006006110-9-tjms/inteiro-teor>>. Acesso em: 25 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação cível. Embargos à execução. Penhora sobre bem de família. Fiador em contrato de locação. preliminar. Falta de fundamentação da sentença. Afastada. nulidade da penhora. Recurso parcialmente provido.** Apelação Cível nº 2008.025448-7. Apelante: Eunides de Souza Lima. Apelado: Francisco de Assis Basdão. Relator: Desembargador Vladimir Abreu da Silva. Campo Grande, 28 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5711636/apelacao-civel-ac-25448-ms-2008025448-7-tjms/inteiro-teor>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de instrumento. Embargos à execução julgados improcedentes. Apelação. Efeito suspensivo. Penhora. Imóvel do fiador. Bem de família. Direito à moradia. Violação aos princípios da dignidade humana e igualdade. Irrenunciabilidade.** Agravo de Instrumento nº 1.0480.05.076516-7/002. Agravante: Marcos Gomes de Deus e Altina Boaventura Gomes. Agravado: Niceias Rodrigues Cordeiro e outro(s). Relator: Desembargador Viçoso Rodrigues. Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5943362/104800507651670021-mg-1048005076516-7-002-1-tjmg/inteiro-teor>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de instrumento. Existência de dois sobrados no imóvel constricto. Matéria não enfrentada pelo juízo a quo. Supressão de instância e inovação recursal caracterizada. Penhora de bem de família do fiador em contrato de locação.** Agravo de Instrumento nº

352.151-1. Agravante: Roberley de Matias. Agravado: Antonio Adir Vaz e outra. Relatora: Desembargadora Maria Mercis Gomes Aniceto. Curitiba, 16 de novembro de 2006. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6308096/agravo-de-instrumento-ai-3521511-pr-0352151-1-tjpr/inteiro-teor>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo interno. Ação de despejo por falta de pagamento. Penhora que recai sobre o imóvel utilizado pelo fiador e sua família como moradia.** Agravo interno nº 903.508-0/01. Agravantes: Incabex Indústria de Madeiras Ltda e outro(s). Agravada: Roca Participações Ltda. Relatora: Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins. Curitiba, 29 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22376759/933508001-pr-933508-0-01-acordao-tjpr/inteiro-teor>>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento. Locação. fiador. Penhor. Recurso a que se nega seguimento.** Agravo de Instrumento nº 70050423649. Agravante: Enio Galante e outro(s). Agravada: Ana Lucia Fiorio Zampieri. Relatora: Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Porto Alegre, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22163412/agravo-de-instrumento-ai-70050423649-rs-tjrs/inteiro-teor>>. Acesso em: 06 de set. 2012

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento. Fiador em contrato locatício. Bem de família. Penhorabilidade. Norma de conteúdo programático. Mantida a constrição judicial. Recurso desprovido.** Agravo de Instrumento nº 088705-57.2012.8.26.0000. Agravante: Antonio Inácio da Silva e outro(s). Agravada: Maria Fonseca da Silva. Relator: Desembargador Mello Pinto. São Paulo, 31 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/TJSP/IT/AI_88705572012826000_SP_1346555204495.pdf>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Agravo de instrumento. Execução. Bem de família do fiador de contrato de locação. Impenhorabilidade. Dignidade da pessoa humana e isonomia.** Agravo de Instrumento nº 0398/2008 (Processo nº 2008203947). Agravante: Espólio de Humberto Melo Queiroz. Agravada: Maria Valmira Cardoso. Relator: Desembargador Cláudio Dinart Déda Chagas. Aracaju, 05 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7884252/agravo-de-instrumento-ag-2008203947-se-tjse/inteiro-teor>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

COELHO, José Fernando Lutz. **Locação: questões atuais e polêmicas.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **O contrato de fiança e sua exoneração na locação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DICIO: **dicionário online de português, 2012.** Disponível em: <<http://www.dicio.com.br>> Acesso em: 02 out. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACULDADES INTEGRADAS ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007. Presidente Prudente, 2007, 110 p.

FIDEICOMISSO. **Wikipédia: a enciclopédia livre, 2012.** Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Fideicomisso&oldid=29478407>. Acesso em: 10 maio de 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo curso de direito civil: parte geral.** 14. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do Contrato: os novos princípios contratuais.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. In: Capítulo X: do mandato. PELUSO, Cezar (Coord). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916.** 6. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008.

SANTOS, Marcione Pereira. **Bem de família: voluntário e legal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. **Fiança: convencional, legal e judicial no Direito vigente e no Projeto de Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SIMÃO, José Fernando. **Legislação civil especial: locação e propriedade fiduciária**. São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Lei de introdução e parte geral**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010.

_____. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação**. São Paulo: RT, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007**. São Paulo: RT, 2007.