

# APONTAMENTOS SOBRE FIANÇA PRESTADA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Eduardo Bilheiro PORTELA<sup>1</sup>

**Resumo:** Apontaremos algumas conseqüências jurídicas da fiança prestada especificamente no contrato de locação sob uma ótica constitucional, para tanto traçaremos algumas considerações genéricas sobre o contrato de fiança, passando logo a abordar o tema da aplicabilidade do dispositivo da Lei do Bem de Família que excepciona a impenhorabilidade do objeto principal da citada lei.

**Palavras-chaves:** Fiança. Bem de família. Contrato de locação. Constitucionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apontar algumas conseqüências jurídicas da fiança prestada especificamente no contrato de locação sob uma ótica constitucional, para tanto traçaremos algumas considerações genéricas sobre o contrato de fiança, passando logo a abordar o tema da aplicabilidade do dispositivo da Lei do Bem de Família que excepciona a impenhorabilidade do objeto principal da citada lei.

A análise será realizada através do confronto de dispositivos constitucionais e decisões jurisprudenciais, face à situação excepcionada pela Lei do Bem de Família para o caso de fiança prestada em contrato de locação.

Ainda que com farta e inolvidável argumentação a favor da inaplicabilidade e conseqüente inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90, não

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito e Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP.

poderíamos deixar de lembrar que não é este o posicionamento dominante na doutrina e jurisprudência, ainda que nossa principal preocupação seja abordar e expor o posicionamento que, ainda que minoritário, não deixa de nos parecer o mais justo e racional juridicamente.

## **2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA FIANÇA**

A fiança é uma espécie do gênero maior denominado caução. Tem por razão de ser dar segurança ao credor, sendo que o fiador garante pessoalmente, mas com seu patrimônio a satisfação do credor na hipótese do devedor não cumprir a obrigação.

A doutrina a considera uma caução fidejussória, posto que está lastreada na fidedúcia, ou seja, na confiança pessoal que o credor deposita no fiador, ainda que o fiador responda com o seu patrimônio ao credor.

Quanto á natureza jurídica da fiança, é um contrato unilateral posto que só gera obrigações para uma das partes, o fiador, face ao credor que só perceberá vantagens, não se obrigando em nada para com o fiador.

Outra característica da fiança é sua gratuidade, o fiador não recebe nenhuma remuneração em contrapartida à ajuda dada ao afiançado, naturalmente pessoa em quem deposita sua confiança. No entanto conforme assevera a ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz a gratuidade é da natureza da fiança e não de sua essência (2003, p. 511).

Desse modo pode haver fiança remunerada, seja pelo afiançado ou mesmo pelo credor com quem se celebra o contrato de fiança, mas no último caso há dúvidas se não estaria descaracterizado o contrato de fiança e o que haveria de fato seria um contrato de seguro.

É contrato consensual que se aperfeiçoa com a manifestação de vontade das partes, comutativo posto que as partes conhecem suas obrigações no momento de sua celebração, informal porque não exige registro público ainda que exija forma escrita para sua validade.

Ainda, trata-se de contrato acessório, ponto que será tratado no tópico seguinte.

### 3 A ACESSORIEDADE DO CONTRATO DE FIANÇA E OUTRAS CONSEQÜÊNCIAS DE ORDEM CIVIL CONSTITUCIONAL

A fiança é contrato acessório, ou seja, dependendo da existência de um contrato principal, ou pelo menos da perspectiva da existência deste. Sendo contrato acessório segue o destino do principal, nulo o principal segue o mesmo destino a fiança, o que não é verdadeiro quanto ao principal, posto que em caso de nulidade da fiança está não alcançará o contrato principal que segue existindo.

Tema relacionado à acessoriedade do contrato de fiança e que desperta o interesse é o de saber se é constitucional a previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, que estabelece uma exceção à impenhorabilidade do bem de família, qual seja, por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

A questão é que alguns doutrinadores e parte da jurisprudência entendem como sendo inconstitucional tal preceito, em face das razões que seguem:

O artigo 6º da Constituição Federal com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional de nº 26, de 2000, consta do seguinte teor, “São direitos sociais a educação, a saúde, 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.”, logo diante da proteção da moradia como direito social, desse modo de interesse público, se sobrepondo ao interesse particular, restaria inconstitucional a previsão que excepciona a impenhorabilidade do bem de família, na senda desta tese citamos a decisão do ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Veloso:

**“Fiança em locação.** A L 8009/90 1.º e 3.º e a L 8245/91, que acrescentou o inciso VII ao artigo 3.º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação” não foi recepcionada pela CF 6.º, com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito) (STF, RE 352940-4. rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005).” (Apud, NERY JUNIOR e NERY, p. 512).

Nesse mesmo sentido é a decisão da douta Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery, em reforço à tese da prevalência da norma constitucional de ordem pública:

**“Proteção jurídica. Normas de ordem pública.** “O sistema jurídico empresta significativa importância ao domicílio e à morada dos sujeitos de direito. Assim se vê de numerosos comandos normativos,

em especial os da CF 5.º XI e 6.º, bem como as disposições do CC/1916 70 a 73 [CC 1711 a CC 1722] e das constantes da LBF. Todas essas normas têm como fulcro privilegiar situações jurídicas fundamentais (de intimidade e segurança da pessoa e de sua família) e se põem como normas de ordem pública, de importância maior que as processuais, de processamento e viabilidade de excussão de bens do devedor” (2.º TACivSP, 10.ª Câ., Ag 671460-00/6, rel. Juíza Rosa Maria de Andrade Nery, v.u., j. 20.12.2000).” (Apud, NERY JUNIOR e NERY, ps. 798e799).

Como direito capital, portanto impossível de ser olvidado, há ainda o direito à isonomia, esculpido no artigo 5º “caput” da Constituição Federal, que reza, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”, assim como não pode ser penhorado o bem de família do locatário não poderia ser penhorado o bem de família do locador sem desrespeito ao princípio constitucional da isonomia.

Nesse diapasão quanto à violação do princípio isonômico é a prédica do eminente professor Flávio Tartuce, em síntese excelente e de clareza inolvidável à compreensão da matéria, conforme segue:

“Primeiro, porque o devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra devedor subsidiário – art. 827 do CC) pode suportar a constrição. A lesão à isonomia reside no fato da fiança ser contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação).” (TARTUCE).

A situação em tela afronta ainda o princípio constitucional da função social da propriedade positivado no inciso XXIII da Constituição Federal, ordenando que “a propriedade atenderá a sua função social”, posto que o bem de família destina-se a suprir o direito de moradia, decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana que consta do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, conforme segue, “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”, logo não há que sobrepor-se um direito privado a um direito social e de interesse público, ainda, capital para o bem comum.

Em reforço a essa tese é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Goiás citada por DIAB e LACERDA, em seu artigo, Fiança: Locação: Função social da propriedade e impenhorabilidade do bem de família.

**“Bem de família. Impenhorabilidade.** O sentido teleológico da L. 8.009, de 29/03/90, é de ordem pública. Visa, precipuamente, dar, à propriedade, a sua verdadeira função social, que é a de assegurar à família brasileira, no caso, o direito natural de moradia. Daí, ser cogente a aplicação do mencionado diploma, que alcança, inclusive, as lides em andamento, no sentido de declarar a insubsistência da penhora do bem de família, não importando ter esta sido efetivada em data anterior à vigência da lei em tela. Recurso provido. (TJGO, 3ª CC - AI 6817-8/180 - Rel. Des. GERCINO CARLOS ALVES DA COSTA - j. 22.12.1992 - DJ 12.03.1993, p. 6).” (Apud, DIAB e LACERDA).

Cabe ainda uma observação, ainda que quanto a este ponto não haja grandes dúvidas, quanto ao direito de sub-rogação do fiador nos direitos do credor não está incluído o direito de penhorar o bem de família do devedor afiançado, posto que para o credor não existia tal direito, mesmo porque no nosso entender como vimos expondo, é inconstitucional a penhora do bem de família, direito de ordem pública, para satisfazer um direito de crédito privado, nesse sentido são os dois julgados que seguem da lavra do Juiz Nestor Duarte do 2.º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo e do Ministro Vicente Leal do Superior Tribunal de Justiça respectivamente conforme transcrito a seguir:

**“Impenhorabilidade do bem de família.** “As exceções à impenhorabilidade do bem de família não alcançam o locatário demandado pelo fiador que pagou a dívida” (2.º TACivSP, 10.ª Câmara, Ap 720595-0/9, rel. Juiz Nestor Duarte, v.u., j. 28.11.2001).” (Apud, NERY JUNIOR e NERY, p. 512).

**“Impenhorabilidade do bem de família.** Extensão da restrição ao fiador. Com o pagamento da dívida pelo fiador da relação locatícia, fica este sub-rogado em todas as ações, privilégios e garantias que tinha o locador-credor em relação ao locatário-devedor. A jurisprudência já pacificou entendimento no sentido de ser vedada a penhora do bem de família do locatário, em execução proposta pelo locador a fim de solver dívida advinda da relação locatícia. Se ao locador-credor não é possibilitado restringir judicialmente o imóvel do locatário, e a sub-rogação transmite os direitos e ações que possuía o credor, consequência lógica é que ao fiador tal privilégio não pode ser assegurado, de vez que não existia para o credor primitivo (STJ, 6.ª T, Resp 263114, rel. Min. Vicente Leal, v.u., j. 10.4.2001, DJU 28.5.2001, p. 217).” (Apud, NERY JUNIOR e NERY, p. 512).

#### 4 CONCLUSÃO

Pelo todo exposto, concluímos o seguinte, ainda que não sendo o posicionamento majoritário o que faz uma interpretação e aplicação constitucional dos dispositivos analisados, a esperança é que num breve futuro isto mude, até porque não

faltam argumentos e dispositivos constitucionais para respaldar a interpretação social e civil constitucional da legislação infra constitucional, sem falar no crescente numero de ilustres doutrinadores que têm feito uma interpretação constitucional de nosso direito.

Nesse diapasão de idéias citamos a predica e o entendimento do ilustre doutrinador do direito pós-moderno Gustavo Tepedino, conforme segue:

“No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil.” (TEPEDINO, 2000, p. 12)

Somando á enorme quantidade de argumentos e nomes de peso tanto na doutrina como na jurisprudência temos o disposto no inciso III, do artigo 170, de nossa Carta Magna, quanto á inafastável função social da propriedade com a seguinte redação “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade;”, em reforço citamos a brilhante lição da ilustres doutrinadores Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, como segue:

“Assim ocorre entre nós por força dos incisos II e III do art. 170, que encerram princípios constitucionais impositivos, uma vez cumprirem a dupla função de instrumental e de objetivo específico a ser alcançado, justificando não só a reivindicação de políticas públicas comprometidas com a sua concretização como também a *interpretação produtiva* que não lhe restrinja a eficácia.” (MARTINS COSTA e CARLOS BRANCO, 2002, p. 152).

Desta sorte concluímos esperançosos de mudanças na interpretação e aplicação dos sistemas infraconstitucionais sob uma ótica constitucional e abrilhantamento da Ciência do Direito em nossas terras.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAB, Walter; LACERDA, Natanael Lima. **Fiança: Locação: Função social da propriedade e impenhorabilidade do bem de família.** Jornal Síntese nº 34, Dez./1999, p. 9.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.3.

MARTINS COSTA, Judith; CARLOS BRANCO, Gerson Luiz. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90**. Fonte <[www.flaviotartuce.adv.br](http://www.flaviotartuce.adv.br)>.

TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.1.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.3.