A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA PROTEÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL[1]

Clara de Assis Carvalho Rocha
Thiago Almeida Silva

RESUMO: O bem de família em regra é impenhorável, porém a Lei 8.009/90 trouxe seis hipóteses de exceções em que ocorrerá a penhorabilidade. A presente pesquisa analisa especificamente a exceção contida no art. 3º, inciso VII da referida lei, que trata da penhorabilidade decorrente de fiança concedida em contrato de locação; e demonstra as alterações substanciais no tratamento dedicado à fiança em contratos locação comercial, através dos julgados dos Tribunais Superiores. É realizado um estudo dos contornos doutrinários e jurisprudenciais emergidos ao longo das décadas acerca da proteção do bem de família do fiador nos contratos de locação residencial e comercial. São apresentadas discussões acerca do direito à moradia, à isonomia e a notável influência do direito-civil constitucional na mudança recente de entendimento da Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário 605.709/SP, que considerou impenhorável o bem de família do fiador no contrato de locação comercial.

PALAVRAS-CHAVE: Impenhorabilidade. Fiança. Bem de Família. Contrato de Locação.

[1] Recebido em 14/09/2020
Aprovado em 06/10/2020

INTRODUÇÃO

O mercado imobiliário na década de 90 vivenciava um cenário pouco promissor, o que culminou com maiores exigências na celebração de contratos de locação. A fiança mostrava-se como a principal e mais utilizada forma de garantia entre os contratantes. A partir deste contexto surgiu a Lei nº 8.245/1991, conhecida como "Lei do Inquilinato" ou "Lei das Locações", que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Quando da sua promulgação, a referida norma acrescentou um novo dispositivo à lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família – Lei nº 8.009/90, mais precisamente o art. 3º, inciso VII, e trouxe mais uma exceção à impenhorabilidade ao bem de família, passando-se a admitir, a partir de então, a constrição judicial por meio de penhora dos bens do fiador, decorrente de fiança concedida em contrato de locação. A partir daí, o fiador poderia perder seu único imóvel residencial, para garantir a dívida do locatário.

O contrato de fiança é firmado como condição para o locatário ter acesso à moradia, porém se este tornar-se inadimplente, o fiador poderá perder seu imóvel residencial, considerado como bem de família, e será privado desse tão importante direito social. Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou acerca da constitucionalidade da medida no julgamento de diversos Recursos Extraordinários.

Ocorre que surgiu uma nova discussão jurisprudencial envolvendo a mesma possibilidade de penhora de bens decorrentes de contrato de locação, porém envolvendo imóveis com intuito comercial/empresarial, e não imóveis destinados à moradia. A Corte Suprema foi instada a analisar a constitucionalidade da penhora do bem de família em virtude de obrigação decorrente de fiança prestada em locação comercial, por meio do Recurso Extraordinário nº 605.709/SP.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu em votação apertada, de 3 votos a 2, que o imóvel residencial do fiador de contrato de locação para fins comerciais é impenhorável, realizando uma distinção, por meio da técnica do distinguishing, em relação a entendimentos firmados anteriormente, acerca da penhorabilidade do imóvel do fiador em caso de locação com fins residenciais.

O método comparativo foi aplicado na análise dos julgados dos Tribunais Superiores acerca da temática da penhorabilidade ou não imóvel do fiador em contratos de locação. O cenário e os participantes do estudo foram, respectivamente, os contratos de locação que possuem a fiança como garantia e os contratantes e fiadores. Utilizou-se como instrumento de coleta de informações a pesquisa em livros, internet, artigos jurídicos e jurisprudência acerca da problemática investigada.

No desenvolvimento da pesquisa foram realizados a identificação e reunião de conceitos presentes em bibliografia referentes ao tema, além da análise da norma jurídica, através da Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil, Código de Processo Civil, Lei 8.245/1991, Lei 8.009/90 e análise de julgados dos Tribunais Superiores, principalmente o Recurso Extraordinário nº 605.709/SP. No estudo do referido julgado ocorreu a primordial discussão acerca do conflito que reina entre o direito dos fiadores à moradia e a dignidade da pessoa humana *versus* o direito dos locadores e todo o setor imobiliário à livre inciativa e empreendedorismo.

2 CONTRATO DE LOCAÇÃO E A EXIGÊNCIA DE GARANTIAS

O contrato de locação é bastante utilizado no mercado imobiliário brasileiro. Por conta disso, além do Código Civil dispor acerca da locação de coisas nos artigos 565 a 578, existe uma ampla legislação, jurisprudência e doutrina envolvendo a temática, que inclui ramos inerentes ao direito civil, imobiliário, empresarial e constitucional.

A Lei do Inquilinato - Lei 8245/91 - detalha especificamente a locação de imóveis urbanos e seus procedimentos. Tal legislação emergiu no Ordenamento Jurídico sobre um contexto de crise econômica, em que o setor imobiliário sofria com o propenso protecionismo que dispunha o locatário, em face dos diversos prejuízos que os locadores, proprietários e imobiliárias enfrentavam quando do inadimplemento dos inquilinos. Neste sentido, Venosa (2013, p. 147-148):

> A atual lei inquilinária é fruto da relação difícil, que perdurava por muitas décadas, entre locatários e proprietários, do problema da moradia em geral. Havia desequilíbrio nas relações de procura e oferta e crise na construção civil, em face do desestímulo ocasionado pelo amordaçamento dos alugueres. [...] A Lei 8.245 buscou tornar mais realista a relação inquilino-senhorio, diminuindo o excesso de proteção ao inquilino que causou tantos danos ao mercado sem protegê-lo suficientemente. [...] Os tempos atuais colocam sob novas vestes o contrato de locação predial, transformando-o em um direito social, a exemplo do que ocorre com o contrato de trabalho e as relações de consumo, a meio-termo entre o direito privado e o direito público, como um terceiro gênero.

Encontram-se na referida lei os deveres para o locador e locatário, as disposições acerca do aluguel, as penalidades e as seguintes garantias locatícias:

> Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:
> I - caução;
> II - fiança;
> III - seguro de fiança locatícia.
> IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.
> Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

As garantias mostram-se imprescindíveis para a concretização do contrato de locação, afinal permite uma maior segurança, do ponto de vista econômico e jurídico, ao locador. De todas as garantias, sem sombra de dúvidas a fiança mostra-se como a mais executada no setor imobiliário para o aluguel de imóveis, especialmente pela facilidade de cobrança e contratação, bem como por ser prática popular e tradicional nos contratos de locação.

2.1 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE LOCAÇÃO E DA FIANÇA

O art. 818 do Código Civil nos ensina que pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. É dever do fiador assegurar a dívida do afiançado, mas o Código de Processo Civil - CPC traz algumas garantias ao fiador, como por exemplo o *caput* do art. 794, que dispõe acerca da possibilidade do fiador, quando executado, exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor situados na mesma comarca, livres e

desembargados, indicando-os pormenorizadamente à penhora; bem como a garantia do §1º do mesmo artigo, que afirma que os bens do fiador ficarão sujeitos à execução, apenas se os do devedor, situados na mesma comarca que os seus, forem insuficientes à satisfação do direito do credor.

A interligação entre os contratos de locação e fiança, demonstra uma estrutura dualista, entre o credor (locador) e o devedor (locatário) e entre o locatário (devedor principal) e o fiador, que detém uma obrigação subsidiária perante o credor, apresentando-se apenas quando o devedor se mostrar inadimplente.

A lei 8.245/91 estipula que todas as garantias se estendem até a efetiva devolução do imóvel e é peremptória ao afirmar que o seguro de fiança abrangerá a totalidade das obrigações do locatário, concretizando o fato da fiança ser contrato acessório do contrato principal de locação de imóvel urbano.

O contrato de locação caracteriza-se por ser oneroso, escrito, formal, solene, bilateral, comutativo, intuitu personae - com restritas possibilidades de cessão ou sublocação-, por tempo determinado ou indeterminado e consensual. Já o contrato de fiança é gratuito, escrito, formal, não solene (pois não exige escritura pública) e unilateral, na medida que gera obrigações apenas para o fiador.

Já a fiança é uma forma de garantia pessoal, do gênero dos contratos de caução ou de garantia. Muitas vezes é confundida com um direito real de garantia, porém detém a personalidade jurídica de contrato, exposta nos arts. 818 a 839 do Código Civil. Tartuce (2019, p. 651) muito bem distingue a fiança das demais espécies de garantia:

> No Direito Privado brasileiro existem duas formas de garantia: a) garantia real, em que uma determinada coisa garante a dívida, como ocorre no penhor, na hipoteca, na anticrese e na alienação fiduciária em garantia; e b) garantia pessoal ou fidejussória, em que uma pessoa garante a dívida, como ocorre na fiança e no aval. Visualizada essa importante distinção, não há que se confundir os conceitos expostos. A fiança não é um direito real de garantia, ao mesmo tempo em que o penhor, a hipoteca, a anticrese e a alienação fiduciária não são contratos, no sentido jurídico e restrito do termo. Na verdade, os últimos institutos, os direitos reais, podem e são instrumentalizados por meio de contratos, no sentido de negócios jurídicos. Percebe-se que a fiança é espécie do gênero contratos de caução ou de garantia. A garantia por meio de fiança pode ser dada a qualquer tipo de obrigação civil, seja ela de dar coisa certa ou incerta, de fazer ou de não fazer ou de quantia certa contra devedor solvente.

É importante diferenciar os contratos de locação que tem como garantia a fiança - considerada como um contrato e garantia pessoal – daquelas locações que tem como garantia a caução de bem imóvel. Neste último caso, a garantia detém uma natureza jurídica de direito real, pois vincula um bem específico do fiador oferecido em garantia quando é aplicada a disposição do art. 38, §1º, parte final, da Lei 8245/91, que traz a exigência da caução em bens imóveis ser averbada à margem da respectiva matrícula. De acordo com Azevedo (2014, s/p): “trata-se de um bem que fica gravado por uma espécie de contrato de penhor ou até mesmo hipoteca”.

A fiança, quando vinculada ao contrato de locação, não necessariamente irá atingir um bem imóvel do fiador, como ocorre na caução imobiliária. Isso irá acontecer

somente quando o fiador não tiver outra forma de assegurar a dívida do afiançado, hipótese em poderá ser atingido o bem de família (imóvel residencial) do fiador.

2.2 A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

O bem de família é "a propriedade destinada à residência e moradia da família que recebe o benefício da impenhorabilidade, ou seja, não pode ser penhorado e não pode sofrer nenhuma forma de apreensão" (PEREIRA, 2019, s/p).

Há dois tipos de bem de família: o voluntário, presente no Código Civil nos artigos 1.711 a 1.722, decorrente da vontade do instituidor; e o involuntário ou legal, que decorre da disposição expressa da Lei 8.009/90.

O bem de família voluntário é aquele em que os cônjuges ou a entidade familiar destinam parte de seu patrimônio para instituir bem de família, mediante escritura pública ou testamento, com a condição de que não seja ultrapassado um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição.

Reflexões apresentadas por Santiago (2004, s/p), apontam acertadamente que "essa regra do Código Civil não coaduna com a realidade social do nosso país, em que a maioria das pessoas não é sequer proprietária de imóveis, quanto mais ter um patrimônio em que o imóvel corresponda a pelo menos um terço do total líquido" (SANTIAGO, 2004 *apud* GOMES, 2013, s/p).

O bem de família involuntário ou legal, por sua vez, surgiu com a promulgação da Lei 8.009/90. Logo no seu início existe a disposição de que o imóvel residencial da família não responde por dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata a lei 8.009/90, o seu art. 5º considera residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Ainda, na hipótese de o casal ou entidade familiar ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado para esse fim no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

O bem de família legal é um instituto de natureza material e processual, que emergiu como uma forma do Estado garantir a proteção à família. Segundo Farias e Fernandes (2017, s/p):

> Tal instituto surgiu para proteger as famílias que não possuem condições ou mesmo não tem acesso às informações suficientes para que proteger a sua moradia. Foi criado para tal fim, o bem de família legal visando à proteção automática destas famílias por parte do Estado. O próprio Estado é o instituidor, impondo o bem de família, por norma pública, em defesa da célula familiar. Assim, fica a família defendida pelo próprio estado. Devido ao fato de tal instituto ser voltado para as classes menos favorecidas, o mesmo não goza da garantia de inalienabilidade, isto porque muitas vezes a moradia destas famílias é o único bem de valor que possam vender para uma eventual necessidade de dinheiro.[...] Tal situação diverge daquela estatuída pelo Código Civil, que deixa a cargo do chefe da entidade familiar a incumbência de efetuar a constituição voluntária do bem de família. Destaca-se, a esse respeito, a finalidade social da Lei, que, conforme se verifica, tem o escopo de proteção da vida familiar.

Porém a impenhorabilidade do bem de família não é absoluta. No decorrer do seu texto, a lei elenca seis hipóteses em que o bem de família pode ser penhorado. São elas: a) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; b) pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; c) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; d) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; e) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; f) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

3 PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL

Originalmente, quando da sua promulgação, a Lei do Bem de Família não fazia menção à possibilidade de penhora do bem do fiador no contrato de locação. Foi a Lei 8.245/91, conhecida como Lei das Locações, que acrescentou a fiança concedida em contrato de locação como uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família, logo no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, que assim dispõe: “Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Tal exceção, originada em meados da década de 90, gerou muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional - EC nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que reconheceu o direito fundamental à moradia como um direito social, presente no rol do art. 6º da Constituição Federal – CF.

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados em determinada ordem jurídica, que visam à concretização da dignidade da pessoa humana. A Constituição Brasileira os trouxe expressamente no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, bem como no decorrer de seu texto e ainda abriu espaço para a incorporação de Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos.

A doutrina clássica, encabeçada por Paulo Bonavides, agrupa os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, como forma de melhor sistematização, a partir de um perfil histórico. Segundo Pinheiro (2016, s/p): “a evolução dos direitos fundamentais interliga-se com os lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, que representam, respectivamente, direitos de 1ª, 2ª e 3º dimensão e anunciam o progresso histórico dos direitos fundamentais”.

Os direitos de primeira dimensão representam os direitos civis e políticos; os de segunda geração estão relacionados aos direitos sociais, culturais e econômicos e os de terceira dimensão aos direitos de desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à comunicação.

O direito à moradia enquadra-se em um direito social, portanto, presente na 2ª dimensão de direitos fundamentais. Os direitos sociais representam prestações positivas do Estado, que visam reduções das desigualdades fáticas. Carvalho (2018, s/p), assim entende: "Os direitos sociais têm como objetivo último proporcionar os meios necessários aos desfavorecidos para que estes possam, verdadeiramente, participar e desenvolver as suas faculdades na sociedade, o que justifica o Estado Social".

Atualmente, a Constituição Federal considera como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Os direitos à moradia, à alimentação e ao transporte não constavam na CF quando da sua promulgação, sendo incorporados no Ordenamento posteriormente, através do procedimento de emendas constitucionais.

O Estado se viu impelido a editar a EC nº 26 no ano de 2000, que inseriu o direito à moradia no rol dos direitos sociais, tendo em vista a importância de tal bem jurídico, bem como da acentuada problemática relacionada à ausência ou precariedade de moradia, enfrentada por grande parte da população.

A edição da emenda fez surgir diversos questionamentos na jurisprudência, relacionados à contratos habitacionais, especialmente de locação. Dessa forma, os Tribunais Superiores, passaram a analisar os casos e adotar diferentes posicionamentos ao longo das décadas.

3.2 ANÁLISE DOS CASOS NA JURISPRUDÊNCIA E A SÚMULA 549 DO STJ

Em meados de 2006, o STF inaugurou a discussão acerca da legitimidade da penhora do bem de família nos contratos de locação, no julgamento do Recurso Extraordinário - RE 407.688/AC. A controvérsia consistia em saber se tal penhora violava o direito constitucional à moradia.

A maioria do Plenário entendeu que o art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90 não ofendia o art. 6º da Constituição da República, vencidos os votos apenas dos Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello. O relator, ministro Cezar Peluso, expôs em seu voto que a expropriabilidade do bem do fiador tende a também defender o direito social de moradia, pois protege, mesmo que pela via oblíqua, um direito inerente à condição de locador, e não qualquer direito de crédito.

O ministro relator concluiu seu voto afirmando que o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), deveria se sobrepor ao dos fiadores, em favor do equilíbrio de mercado, sustentando que a exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, desfalcaria o campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

A maioria dos demais ministros fundamentaram seu voto de modo semelhante, defendendo que a fiança, nos moldes discutidos no julgado, não seria um desrespeito ao direito à moradia, e sim uma forma de viabilizar a locação residencial, e concretizar ainda mais a moradia para uma grande parcela da população, que depende justamente deste tipo de contrato para acessar tal direito fundamental.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal discutiu a matéria em diversos outros Recursos Extraordinários, como por exemplo RE 407688 - Tribunal Pleno, RE 477953, RE 493738, RE 579431, RE 580108, RE 582650, RE 419161, RE 591568, RE 598036 e RE 607505. No ano de 2010, finalmente a Corte Constitucional pacificou

a jurisprudência acerca da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.

Ao analisar o Recurso Extraordinário 612.360/SP, o STF reconheceu em 2010 a repercussão geral da matéria e pacificou a questão com a edição do Tema 295, fixando a tese de que: “É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3°, VII, da lei 8.009/90 com o direito à moradia consagrado no art. 6° da CF, com redação da EC 26/20”.

Em 2014, foi a vez do Superior Tribunal de Justiça – STJ se manifestar acerca da temática, em julgamento de Recurso Especial representativo de controvérsia, que firmou a Tese 708. O julgamento ocorreu por meio do procedimento de Recursos Repetitivos, nos moldes do art. 543-C do CPC/1973, em vigor à época. Segundo Donizetti (2016, p. 1.533),

> quando houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito cabe ao presidente ou ao vice-presidente do Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal selecionar dois ou mais recursos representativos de controvérsia, que serão encaminhados para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, a depender da matéria veiculada. A finalidade de tal disposição é permitir que os recursos selecionados sirvam de paradigma para outras decisões envolvendo processos que contenham teses idênticas, ou seja, que possuam fundamento em idêntica questão de direito. Essa sistemática tem por objetivo conferir celeridade na tramitação de processos que contenham idêntica controvérsia, além de isonomia de tratamento às partes e de segurança jurídica aos jurisdicionados. Trata-se, em termos simples, de técnica de julgamento por amostragem.

Os ministros reconheceram, por unanimidade, que é legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990, fixando assim a tese de nº 708. O ministro relator, Luis Felipe Salomão, ressaltou que embora haja divergência doutrinária, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica em relação ao tema.

Toda essa tendência levou o STJ a editar, em outubro de 2015, a Súmula 549, que possui o seguinte enunciado: "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação".

4 IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL

A discussão acerca da penhorabilidade do bem de família perdurou mesmo após a edição da referida súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual prevê a penhorabilidade do único imóvel do fiador.

Observa-se que em nenhum momento a súmula 549 do STJ elenca ou especifica qual tipo de contrato de locação - comercial ou residencial - que ocorrendo em mora, o fiador poderá perder seu único imóvel. Conforme os entendimentos

consolidados até então, o fiador tinha proteção em relação a todo tipo de contrato de locação e não havia, portanto, qualquer diferença quanto à natureza da locação.

A Corte Superior, porém, se deparou com um novo questionamento: é possível a penhora do bem de família do fiador, ainda que o imóvel a ser garantido for de natureza comercial?

4.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 605.709/SP E A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE

O STF alterou substancialmente seu entendimento no julgamento do recurso extraordinário 605.709 do STF, ao considerar impenhorável o bem de família do fiador, em contrato de locação comercial, em votação apertada, pela 1ª Turma, de 3 votos a 2.

O julgamento iniciou-se em 2014, quando o relator, ministro Dias Toffoli, emitiu seu voto opinando pela penhorabilidade do bem. A fundamentação do voto pautou-se na diferenciação do direito à moradia e o direito à propriedade; afirmou que a obrigação do fiador é livremente assumida; que a Lei de Locações surgiu como forma de viabilizar o direito à moradia; salientou a ausência de diferenciação na Lei do Bem de Família acerca das locações incidentes sobre a penhora; citou a tese de que permitir a penhora facilita o direito à moradia; bem como citou diversos julgados anteriores favoráveis à penhora.

O ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos e, após 4 anos, o processo retomou seu normal andamento, em 12 de julho de 2018, ocasião em que o ministro acompanhou o voto do relator, por entender que a corte já tinha entendimento consolidado sobre o caso em questão. O voto ressaltou que a penhora do bem de família do fiador impulsiona o empreendedorismo e garante o direito à livre iniciativa.

A ministra Rosa Weber abriu divergência, alegando que se tratando de locação comercial, o direito à moradia emana do respeito à dignidade da pessoa humana e proteção à família, e foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio e Luís Fux, pelo qual, a turma reconheceu a impenhorabilidade do bem.

Com esse novo entendimento, foi levantada a diferença sobre qual espécie de contrato de locação pode gerar a penhorabilidade ou não do bem do fiador, o que gerou um novo precedente judicial, dotado de efeitos jurisdicionais instantâneos, em que foi realizada a ponderação entre os direitos fundamentais à livre iniciativa e à moradia.

4.2 APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) NO RE 605.709/SP

O voto da ministra Rosa Weber, no RE 605.709/SP, foi pautado principalmente na diferenciação entre a fiança prestada em contrato de locação residencial ou locação comercial. A ministra ressaltou que os julgados anteriores consideraram constitucional a penhorabilidade do bem de família do fiador, justamente porque promovia o direito à moradia do locatário, na medida que facilitava o acesso dos locatários aos imóveis que serviriam de residência a estes.

No caso de locação comercial, a ministra entendeu que se tratava de ponderação entre dois direitos fundamentais distintos, moradia e livre iniciativa, enquanto no caso de locação residencial havia a colisão de dois direitos fundamentais

idênticos, o direito à moradia do fiador em face do direito à moradia do locatário. Assim se transpõe fragmento de seu voto (2018, p. 41):

> Se na garantia prestada em contrato de locação residencial é possível contrapor o direito à moradia de fiadores ao igualmente relevante direito à moradia de locatários, como apontados nos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, o mesmo não se verifica na hipótese de fiança em contrato de locação de imóvel comercial.

Dessa forma, foi realizada no caso uma distinção material relevante entre os contratos de locação residencial e comercial. Para Bortolucci e Miranda (2019, s/p): "não obstante se tratem ambos os contratos de locação urbana, o fato de serem destinados a propósitos diferentes afasta a aplicação das razões de decidir outrora sedimentadas pelo STF e ratificadas pelo STJ."

Foi aplicada a técnica do *distinguishing,* que para Sousa (p. 9) consiste em: "método de confronto, interpretação e aplicação de precedente normativo, a partir da comparação entre a ratio decidendi do caso paradigma e as circunstancias fáticas do caso em julgamento, concluindo ou não pela similitude entre ambos".

A aplicação dessa técnica demonstra uma nova tendência trazida pelo CPC/15, nos artigos 926 e 927, da adoção da Teoria dos Precedentes, como forma de uniformização de jurisprudência, tendo em vista a evolução de uma espécie de Sistema do common law no Brasil e a necessidade de maior segurança jurídica dos julgados pelos Tribunais Superiores, já que servem de diretriz no julgamento futuro de casos semelhantes, além de aprimorar os debates técnicos acerca da temática.

4.3 PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS À MORADIA E À LIVRE INICIATIVA E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O RE 605.709/SP trouxe uma discussão na Suprema Corte acerca da ponderação entre os princípios da moradia e da livre iniciativa. Especialmente no voto da ministra Rosa Weber foi emergida a tese da incompatibilidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial com o direito fundamental à moradia, bem como com o Princípio da Igualdade/Isonomia.

O ministro Marco Aurélio proferiu um voto sucinto, argumentando que o direito fundamental à livre inciativa não pode ser potencializado em detrimento do direito fundamental à moradia e da proteção à família.

É de suma importância compreender a técnica de origem alemã da Ponderação de Princípios para traçar um caminho argumentativo adequado, tendo em vista a colisão entre o direito à livre iniciativa/empreendedorismo *versus* o direito à moradia, igualdade, bem como a colisão entre o Princípio Geral da Atividade Econômica e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Proteção à Entidade Familiar.

Para a adequada ponderação de Princípios e normas, Fernandes (2013, p. 347) afirma que:

> Utilizando-se da regra da proporcionalidade e de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o aplicador do direito diante de um caso concreto seria, supostamente, capaz de atingir uma justificação racional quanto à aplicação de um direito fundamental em precedência a outro previsto constitucionalmente.

A decisão proferida no RE 605.709/SP, acertadamente aplicou a técnica da ponderação, na medida que creditou maior importância ao direito social à moradia, direito este presente na Constituição Federal, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como indiretamente disposto em legislações esparsas que tratam do direito habitacional, tais como Estatuto da Cidade, Planos Diretores dos Municípios, entre outros.

Além disso, a recente decisão do STF foi um típico exemplo da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, afinal discutiu aspectos de ordem social, como a moradia e aspectos de ordem econômica, inseridos em um contexto de relações privadas de um contrato de locação. Segundo Viana (2019, s/p), "a eficácia horizontal pondera a situação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, assim como a obediência do sujeito privado aos direitos fundamentais".

A novel decisão apresentou, portanto, tendências da Suprema Corte à corrente do direito civil-constitucional e priorizou os aspectos sociais e isonômicos do contrato, bem como da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O debate nos Tribunais Superiores em relação à penhorabilidade ou não do bem de família do fiador em contratos de locação mostrou-se amplo e necessário, principalmente porque invocou temas como a autonomia e a espontaneidade privada dos contratantes em um contrato de locação; o fiador como sujeito garantidor e devedor solidário e a flexibilização do seu bem de família; a ponderação entre princípios constitucionais e a garantia de direitos fundamentais.

É notória a falta de equidade entre o fiador, que poderá sofrer a constrição judicial por meio de penhora em relação ao seu único bem imóvel, e entre o locatário. O fiador poderá perder seu bem de família para garantir a dívida do locatário, enquanto o próprio locatário não goza de tal ônus. Este último continua possuindo a proteção de seu bem de família. Ainda que seja uma situação rara, pode ocorrer que alguém tenha a propriedade de um único imóvel residencial e mesmo assim opte por alugar um imóvel, para ali constituir residência. Se esse locatário se tornar inadimplente, não será possível executar seu bem de família, mas o de seu fiador será plenamente cabível tal execução.

Mesmo com a evolução da tratativa dos direitos fundamentais na atual Constituição Federal, em especial dos direitos sociais, a tendência atual das decisões judiciais ainda é considerar possível a penhora do bem de família do fiador em contratos de locação residencial, tanto que há inclusive entendimento sumulado nesse sentido.

Porém, o bem de família como direito social, resguardado na Constituição federal, e sua inegável importância, levou a Suprema Corte a reconsiderar posicionamentos anteriores e diante das diversas controvérsias jurídicas, passou a adotar uma postura mais garantista e humanista, no julgamento do RE 605.709/SP, ao fixar o novo entendimento de que é impenhorável o bem de família do fiador em contrato de locação comercial.

A Corte Suprema ponderou dois direitos fundamentais, a livre iniciativa e o direito à moradia e partiu do pressuposto que a moradia emana da dignidade da pessoa humana, dessa forma optou acertadamente por resguardar o bem de família

do fiador de locatário de imóvel comercial. O julgado inaugurou uma distinção, ausente na lei, de que se a locação for de imóvel comercial, o fiador não poderá ter o seu bem de família penhorado.

Em outro revés, se tratando de contrato de locação urbana residencial, o entendimento filia-se à corrente tradicional e mais antiga, pela penhorabilidade do bem de família do fiador. A lógica firmada nos julgados anteriores e concretizada na Súmula 549 do STJ é a de que o direito à moradia do fiador não pode se sobrepor ao direito dos eventuais locatários. Flexibilizar a impenhorabilidade também nos contratos de locação residencial não é possível, pois, segundo a Suprema Corte, abrangem um conflito de direitos de igual espécie.

Dessa forma, a jurisprudência realizou o procedimento da distinção e atualmente no cenário da fiança em locação imobiliária perdura-se duas situações jurídicas: como regra, se a locação for de imóvel residencial é possível a penhora do bem de família do fiador, porém se a locação for de imóvel comercial há uma flexibilização, na qual impossibilitou-se a penhora do bem de família do fiador.

O entendimento firmado recentemente deve se consolidar ainda nas próximas decisões judiciais. O que se espera é que seja assegurado aos fiadores as garantias conquistadas, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 605.709/SP, para que o sistema de precedentes do Código de Processo Civil seja respeitado, em nome da segurança jurídica e que haja a concretização da proteção do bem de família do fiador de locação comercial, como forma de garantia dos direitos fundamentais constitucionais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Crédito de fiança locatícia e direito à moradia.** 2014. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/credito-de-fianca-locaticia-e-direito-a-moradia/14174. Acesso em: 18 jun. 2020.

BERTOLUCCI, Lygia Helena F.; MIRANA, Victor Vasconcelos. Comentários acerca dos precedentes judiciais sobre a impenhorabilidade do bem de família do fiador a partir dos posicionamentos do STJ e do STF: o refinamento da ratio decidendi no tempo. **Revista Forense**. v. 430. Julho/Dezembro 2019. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/04/28/impenhorabilidade-bem-de-familia/. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL**. Constituição (1988)**. Vade Mecum Juspodvium. 1 ed. Salvador: Juspodvium, 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Vade Mecum Juspodvium. 1 ed. Salvador: Juspodvium, 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Vade Mecum Juspodvium. 1 ed. Salvador: Juspodvium, 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.** Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em: 29 jun. 2020

BRASIL. **Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Vade Mecum Juspodvium. 1 ed. Salvador: Juspodvium, 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.245 de 18 de Outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Vade Mecum Juspodvium. 1 ed. Salvador: Juspodvium, 2017.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. Para fins do art. 543-C do CPC: É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990. **Recurso Especial nº 1363368** de 21/11/2014. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300114633&dt_publicacao=21/11/2014. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. 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. **Recurso Extraordinário nº. 407688** de 08/02/2006. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768. Acesso em: 28 jun. 2020

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. 1. A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 26/2000. 2. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia. 3. Premissas fáticas distintivas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. **Recurso Extraordinário nº. 605709** de 02/04/2013. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=162368678&ext=.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 549**. É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27549%27).sub. Acesso em: 1 jul. 2020.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista Investigações Constitucionais**. v. 6. n. 3. Curitiba. Setembro/Dezembro 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392019000300773&lang=pt#fn20. Acesso em: 23 jun. 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FARIAS, Isadora Veras; FERNANDES, Eristón Carlos Barroso. **Bem de família e a proteção do ordenamento jurídico.** 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62243/bem-de-familia-e-a-protecao-do-ordenamento-juridico/2. Acesso em 3 jul. 2020.

GOMES, Luzivan Paulino. **A impenhorabilidade do bem de família do fiador.** 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-do-fiador/. Acesso em: 30 jun. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O que é bem de família e por que ele não pode ser penhorado?** 2019. Disponível em: http://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-e-bem-de-familia-e-por-que-ele-nao-pode-ser-penhorado/. Acesso em 28 jun. 2020.

PINHEIRO, KERINNE MARIA F. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2016. Disponível em: http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45928/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas. Acesso em: 20 jun. 2020.

SOUSA, Adriano Antonio. **O tradicional sistema processual brasileiro e a revolução dos precedentes judlciais no CPC/15.** Disponível em: http://www.esamg.org.br/artigo/Art_Adriano%20Ant%C3%B4nio%20de%20Sousa_17.pdf. Acesso em: 02 jul. 2020.

Tartuce, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** Volume 3.14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em espécie.** Volume 3. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIANA, Thaís Pereira. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais/#_ftn1. Acesso em: 19 jun. 2020.