

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES  
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
CÂMPUS DE ERECHIM  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO

EVANDRO CARLOS SCHENATTO

**INSTITUTO DA FIANÇA E OS CONFLITOS COM A IMPENHORABILIDADE DO  
IMÓVEL BEM DE FAMÍLIA**

ERECHIM

2020

EVANDRO CARLOS SCHENATTO

**INSTITUTO DA FIANÇA E OS CONFLITOS COM A IMPENHORABILIDADE DO  
IMÓVEL BEM DE FAMÍLIA**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Esp. Alessandra Regina Biasus

ERECHIM

2020

EVANDRO CARLOS SCHENATTO

**INSTITUTO DA FIANÇA E OS CONFLITOS COM A IMPENHORABILIDADE DO  
IMÓVEL BEM DE FAMÍLIA**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões – Erechim, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Erechim, 19 de novembro de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Esp. Alessandra Regina Biasus

Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões – Erechim

---

Prof. Me. Luciano Alves dos Santos

Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões – Erechim

---

Prof. Me. Simone Gasperin de Albuquerque

Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões – Erechim

**Dedico** a todos meus familiares e amigos que me auxiliaram durante o processo de construção deste trabalho.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço primeiramente a minha família por acreditar na realização deste sonho, e por todo o auxílio durante esta caminhada.

Aos meus professores por compartilhar seus conhecimentos, em especial a professora Alessandra Regina Biasus, que aceitou participar desta pesquisa comigo auxiliando no direcionamento da mesma, sempre me motivando e incentivando pela busca do resultado final.

Aos colegas, por compartilhar momentos de alegria, convivência, troca de energias, debates e aprendizado.

Aos meus amigos e amigas que sempre me incentivaram, lembrando que, em vários momentos não pude estar com eles, tinha o dever de fazer o melhor de mim, abrindo mão da convivência, para alcançar o objetivo traçado.

**É SEMPRE NOBRE, GENEROSO E NECESSÁRIO  
FALAR EM ERROS COMETIDOS, ENQUANTO SE  
PODEM REMEDIAR.**

**(ÉÇA DE QUEIROS)**

## RESUMO

Esta é uma pesquisa acadêmica do Instituto do Bem de Família e a legislação relevante sobre o tema. Regras e exceções de inaplicabilidade, com o entendimento da jurisprudência sobre a flexibilidade do instituto. Traz também o conceito básico, um pouco de sua história, suas formas de instituição, retratando o objetivo de proteger o direito à moradia da família destacado pela Constituição Federal de 1988. Também retrata o Instituto de Fiança. Contrato de garantia acessória de um contrato principal, seu uso, conceitos, características e formas de instituição e extinção. Jurisprudência sobre o assunto, além de analisar a manifestação de vontade das partes, excluindo o benefício da ordem e facilitando os processos de execução. Finalmente, é feita uma análise dos conflitos que surgem diante de uma maior valorização de um ou outro instituto nos julgamentos dos tribunais superiores. Os instrumentos utilizados no desenvolvimento deste trabalho caracterizam-se pelas pesquisas bibliográficas, documental e legislativa, e ainda, englobam os artigos de revista e *internet*, além de vários outros meios e técnicas de pesquisa direta e indireta. O método de abordagem utilizado na presente pesquisa é o Método Dialético, ou frequentemente referido apenas como dialética. Forma de discurso entre duas ou mais pessoas que possuem diferentes pontos de vista sobre um mesmo assunto, mas que pretendem estabelecer a verdade através de argumentos fundamentados e não simplesmente vencer um debate ou persuadir o opositor

**PALAVRAS-CHAVE:** Fiança. Instituto da Fiança. Garantia acessória . Bem de Família. Impenhorabilidade. Instituição do Bem da Família.

## ABSTRACT

This is an academic survey by the Instituto do Bem de Família and the relevant legislation on the topic. Rules and exceptions of inapplicability, with the understanding of the jurisprudence on the flexibility of the institute. It also brings the basic concept, a little of its history, its forms of institution, portraying the objective of protecting the family's right to housing highlighted by the Federal Constitution of 1988. It also portrays the Instituto de Fiança. Accessory guarantee contract of a main contract, its use, concepts, characteristics and forms of institution and extinction. Jurisprudence on the subject, in addition to analyzing the parties' manifestation of will, excluding the benefit of the order and facilitating the execution processes. Finally, an analysis is made of the conflicts that arise in the face of a greater appreciation of one or another institute in the judgments of the higher courts. The instruments used in the development of this work are characterized by bibliographic, documentary and legislative research, and also include magazine articles and the Internet, in addition to various other means and techniques of direct and indirect research. The approach method used in this research is the Dialectic Method, or often referred to only as dialectic. Form of speech between two or more people who have different points of view on the same subject, but who intend to establish the truth through reasoned arguments and not simply win a debate or persuade the opponent

**KEYWORDS:** Bail. Bail Institute. Accessories warranty. Good Family. Impossibility. Institution of the Good of the Family.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 INSTITUTO DA FIANÇA.....</b>	<b>11</b>
2.1 CONCEITO.....	11
2.2 HISTÓRIA DO INSTITUTO DA FIANÇA.....	12
2.3 MANIFESTAÇÃO DE VONTADE.....	13
2.4 CARACTERÍSTICAS DA FIANÇA.....	14
2.5 EXTINÇÃO DA FIANÇA.....	16
<b>3 INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA.....</b>	<b>19</b>
3.1 CONCEITO DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA.....	19
3.2 HISTÓRIA DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA.....	20
3.3 BEM DE FAMÍLIA LEGAL OU VOLUNTÁRIO.....	21
3.4 FORMA DE INSTITUIÇÃO.....	21
3.5 EXCEÇÕES À IMPENHORABILIDADE.....	22
<b>4 CONFLITOS ENTRE OS INSTITUTOS.....</b>	<b>26</b>
4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE.....	26
4.2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	27
4.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	28
4.4 CONFLITO ENTRE OS INSTITUTOS.....	28
4.5 MECANISMOS NA ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO.....	31
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>33</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>34</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa acadêmica tem por objetivo estudar o Instituto da Fiança e o Instituto do Imóvel Bem de Família.

Inicialmente trataremos do Instituto da Fiança, sendo uma garantia acessória nos negócios jurídicos onde um terceiro se compromete a adimplir uma obrigação caso quem se obrigou não a cumpra, sendo assim, sempre teremos três partes nessa relação.

A Fiança tem origem no direito romano, muito utilizada nos negócios jurídicos desde sua criação até os dias atuais, e o presente estudo, além de buscar suas peculiaridades, formas de extinção, regras que se encontram positivadas, entendimento jurisprudencial, se depara com os conflitos do Instituto frente ao Instituto do Imóvel Bem de Família.

Já o Instituto do Imóvel Bem de Família, é bem mais recente na história do direito que o Instituto da Fiança. Criado para dar proteção ao asilo da entidade familiar, e nesse contexto, também faremos uma análise de suas peculiaridades, instituição e entendimento da jurisprudência acerca do tema.

No entanto, por vezes, ocorre um choque entre institutos, com tendência a se valorar mais um em detrimento a outro, nesse sentido, depois de um julgamento do Supremo Tribunal Federal surge uma interpretação diferente do entendimento até então pacificado, permitindo a penhora em determinadas situações como já ocorria e afastando em outras, mudando o entendimento e, criando uma certa instabilidade acerca do tema.

Nosso estudo, busca entender os dois institutos, e a forma como os mesmos se chocam nos negócios jurídicos, além desta nova interpretação do STF, **relativizando parcialmente** o Instituto da Fiança frente a Impenhorabilidade do Imóvel Bem de Família.

Além do entendimento do choque entre os mesmos, o estudo busca formas de encontrar segurança jurídica na elaboração de contratos de locação, onde se tem a Fiança como forma de garantia do cumprimento da obrigação principal.

Os instrumentos utilizados no desenvolvimento deste trabalho caracterizam-se pelas pesquisas bibliográficas, documental e legislativa, e ainda, englobam os

artigos de revista e *internet*, além de vários outros meios e técnicas de pesquisa direta e indireta.

O método de abordagem utilizado na presente pesquisa é o Método Dialético, ou frequentemente referido apenas como dialética. Forma de discurso entre duas ou mais pessoas que possuem diferentes pontos de vista sobre um mesmo assunto, mas que pretendem estabelecer a verdade através de argumentos fundamentados e não simplesmente vencer um debate ou persuadir o opositor.

## 2 INSTITUTO DA FIANÇA

Neste capítulo será abordado o conceito, origem histórica, formação e extinção da fiança, além das demais características, peculiaridades e legislação pertinentes do instituto da fiança que será analisada e dissecada no capítulo a seguir.

### 2.1 CONCEITO

O termo deriva do latim *fidere*, empregado no sentido de fiar (confiar). O radical do verbo era utilizado para compor a palavra *fideiussio*, designativa do instituto romano. (FIGUEIREDO, 2010).

“A fiança é uma obrigação acessória, em virtude da qual uma ou mais pessoas respondem solidariamente, comprometendo-se com o credor a cumpri-la em todo ou em uma parte, se o devedor principal não a cumprir”. (MENDOÇA, 1960, p, 557).

O autor Gonçalves, conceitua a fiança como uma espécie de contrato através do qual uma pessoa, o fiador, garante com seu patrimônio a satisfação de um credor, caso o devedor principal, aquele que contraiu a obrigação, não possa adimplir em seu vencimento. (GONÇALVES, 2007).

Para Figueiredo:

A fiança integra o sistema de tutela de crédito, mais especificamente, figura entre as garantias especiais ou medidas de reforço direcionadas a propiciar a efetiva satisfação do credor. Podem ser preventivas ou remediadoras, e resultam diretamente da lei ou de negócios jurídicos. (FIGUEIREDO 2010, p. 19).

Tartuce leciona que:

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 cumpra. O contrato é celebrado entre o fiador e o credor, assumindo o primeiro uma responsabilidade sem existir um débito propriamente dito. A fiança constitui uma garantia pessoal, em que todo o patrimônio do fiador responde pela dívida, não se confundindo com as garantias reais, caso do penhor, da hipoteca e da anticrese. (TARTUCE. 2015, p. 654).

Trata-se de medidas direcionadas a propiciar a efetiva satisfação do credor, podendo ser preventiva ou remediadora, resultante de lei ou de negócios jurídicos, e, em específico nesta pesquisa, direcionada aos negócios jurídicos imobiliários.

## 2.2 HISTÓRIA DO INSTITUTO DA FIANÇA

Várias passagens da antiguidade testemunham a difusão da prática da fiança como forma de assegurar o cumprimento de obrigações de outrem. (BEVILÁQUA, 2000).

“Os mais velhos registros provêm de um conjunto de normas que os arqueólogos datam por volta de 1930 a.C. em torno de dois séculos antes do Código de Hamurabi”. (FIGUEIREDO, 2010, p. 33).

Em Roma, a fiança se inspirava no conceito da amizade, emanando deveres morais e sociais de solidariedade e cooperação. Período de intensa produção legislativa, algumas buscando proteger o fiador, e difundindo o instituto da fiança.

Durante muito tempo, em detrimento as garantias reais, a fiança foi a forma mais usada em Roma, para garantir à efetividade da execução pessoal. Somente no final do Império é que as garantias reais conquistam a preferência dos romanos.

No Brasil, o instituto deriva da vinda de Portugal, se perpetuando com as Ordenações Filipinas e permanecendo vigentes mesmo após a independência, refletindo com vigor a preocupação com o benefício de ordem, a multiplicidade de fiadores e a outorga uxória.

Em 1916, com vigência do Código Civil, houve uma ampla revisão incorporando elementos de codificações da França, Espanha e Portugal, contudo preservou as linhas mestras do direito romano.

É na vigência do Código Civil de 1916 que foi editada a norma especial de fiança locatícia com a Lei 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Já no Código Civil de 2002, na intenção de se modernizar o direito contratual, foi incluída a possibilidade de dispensa de decisão judicial para desoneração do fiador em caso de contrato por prazo indeterminado: Art. 835. “O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado **sem limitação de tempo**, (grifo nosso) sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor”. (CÓDIGO CIVIL. 2002)

Outra forma de desoneração da fiança surge em 2009 com a entrada em vigor da Lei 12.112/91, que altera o inciso X do Art. 40 da Lei do Inquilinato, e sendo esta Lei Específica se sobrepõe ao Código Civil, alterando o prazo que o fiador permanece onerado pelo efeito da fiança:

Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos:

[...]

X – Prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. (BRASIL, 1991).

A fiança desempenha função relevante na economia, com custos baixos e de simples operação, estando presente nos mais diversos negócios, desde locações de imóveis urbanos até nas importações e exportações, com fundamentos específicos dentro de regime jurídico, como a caracterização de risco, acessoriedade e finalidade de garantia.

A operação do contrato, forma de expressar a formação da fiança, se aperfeiçoa entre credor e o fiador, tendo sua fase de satisfação no adimplemento da obrigação, quando não satisfeita pelo afiançado, sub-rogando-se posteriormente ao total das forças empregadas na satisfação do contrato entre credor e afiançado, ou através do regresso pessoal.

### 2.3 MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

No direito brasileiro e nos diplomas estrangeiros é pacífico que as chamadas fianças convencionais ou voluntárias devem reunir todos os elementos de existência dos negócios jurídicos bilaterais, o que inclui as declarações de vontade de ambas as partes, credor e fiador. A promessa unilateral de garantia de dívida de outrem não é fiança, portanto para a formação da fiança se exige o concurso das declarações de vontade do fiador e do credor.

O Código Civil, em seu Art. 819 prevê que a fiança dar-se-á por escrito, não admitindo interpretação extensiva.

No tocante a manifestação de vontade, preceitua Gomes:

O contrato significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. (GOMES. 1998. P. 22).

A fiança é um contrato solene, consensual, devendo a vontade do fiador ser declarada por escrito, por meio de instrumento público ou particular, não importando a forma usada para constituir a garantia de cumprimento da obrigação principal. Sendo a fiança um contrato solene, as partes apenas gozam de discricionariedade para optar a forma de lavratura, se por instrumento público ou particular.

## 2.4 CARACTERÍSTICAS DA FIANÇA

No ordenamento brasileiro é admitido a livre cumulação de garantias especiais, porém é nula a cumulação de mais de uma modalidade de garantia em contratos de locação de imóveis urbanos por força da Lei 8.245/91, Art. 37, parágrafo único:

Art. 37: No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

[...]

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação. (BRASIL, 1991).

A inobservância do referido Art. da Lei de Locações reputa contravenção penal, punível com pena de restrição de liberdade e multa como podemos observar no Art. 43, Inciso II:

Art. 43. Constitui contravenção penal, punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário:

[...]

II - Exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação. (BRASIL, 1991).

Sendo casado, o fiador necessita da autorização do cônjuge, salvo nos casos que o regime de casamento assim o autoriza, e, a falta da autorização conjugal acarreta sua anulabilidade.

Na situação de união estável, mesmo formalizada por escritura pública é válida a fiança prestada por um dos conviventes sem a autorização do outro, segundo entendimento de vários julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), afastando a aplicabilidade da súmula 332 do próprio STJ que dispõe que “a fiança prestada sem

autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia” (SÚMULA 332 BRASIL. 2008).

Cumpra ao devedor provar a idoneidade do fiador, não sendo possível ao credor recusar se moralmente e juridicamente idôneo, com bens suficientes para satisfazer o crédito e domiciliado na circunscrição jurisdicional onde for prestada a garantia. Nos casos de renovatória de aluguel, existe presunção de idoneidade caso seja o mesmo fiador a garantir o contrato renovado.

Modificações sem anuência expressa e escrita por parte do fiador a este não atingem, de acordo com entendimento sumulado pelo STJ “ O fiador na locação não responde por obrigação resultante de aditamento ao qual não anuiu” (SÚMULA 214 BRASIL. 1994).

Outra característica importante é o benefício de ordem previsto no Art. 827 do Código Civil, que por razões de equidade confere ao fiador o direito de exigir que os bens do afiançado sejam executados primeiro. A norma permite também acordar o afastamento do benefício de ordem previsto no Art. 828:

Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor. Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:  
I - se ele o renunciou expressamente;  
II - se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;  
III - se o devedor for insolvente, ou falido. (BRASIL, 2002).

O juiz, de plano não pode aplicar o benefício, este deve ser invocado pelo garantidor, não extinguindo o feito, apenas dilatando os prazos, e cabe ao fiador indicar os bens do afiançado para solver o débito.

Comum se observar as expressões “fiador solidário” e “fiador principal pagador” com o intuito de excluir o benefício de ordem. Os termos apenas indicam a exclusão do benefício, não transformando o fiador em codevedor solidário.

Ponto importante a ser observado é o inciso I, do Art. 838, do Código Civil, que trata da moratória ao fiador concedida pelo credor, moratória esta que pode afastar o fiador da relação jurídica. Vejamos a ementa do julgamento do REsp 232117 / SP do STJ:

Ementa: LOCAÇÃO. IMÓVEL. CONTRATO. MORATÓRIA. PARCELAMENTO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS E MATÉRIA DE FATO. SÚMULAS 05 E 07. JUROS MORATÓRIOS. ART. 1.062/CCB. CONVENCIONADA A TAXA DE JUROS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

I - A circunstância de o inquilino parcelar dívida por aluguéis em atraso não induz moratória nem desobriga o fiador do locatário. (BRASIL, 2005).

Porém, quando existir uma novação do contrato e o fiador não anuir, este se exime da fiança segundo entendimento do STJ, mesmo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) julgando em sentido contrário como podemos ver no julgamento do REsp 1013436/RS:

Ementa: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRANSAÇÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR SEM ANUÊNCIA DOS FIADORES. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FIANÇA. EXONERAÇÃO DOS FIADORES.

1. A transação e a moratória, conquanto sejam institutos jurídicos diversos, têm um efeito em comum quanto à exoneração do fiador que não anuiu com o acordo firmado entre o credor e o devedor (arts. 1.031, § 1º e 1.503, I, do CC de 1916). Assim, mesmo existindo cláusula prevendo a permanência da garantia fidejussória, esta é considerada extinta, porquanto o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, nos termos do art. 1.483 do CC de 1916, ou seja, a responsabilidade dos fiadores restringe-se aos termos do pactuado na avença original, com a qual expressamente consentiram. Inteligência da Súmula 214 do STJ.

2. No caso concreto, o Tribunal a quo consignou a realização de transação entre credor e devedor, sem anuência do fiador, com dilação de prazo para pagamento da dívida. Extinguiu-se, portanto, a obrigação do garante pela ocorrência simultânea da transação e da moratória.

3. Recurso especial provido. (BRASIL, 2012).

Percebe-se que em casos de simples parcelamento de aluguéis atrasados não existe uma novação do contrato, ao contrário, quando existir novas obrigações, pactuando-se entre credor e devedor e o fiador não anuir, este restará livre da obrigação, de acordo com o Art. 366 do Código Civil.

## 2.5 EXTINÇÃO DA FIANÇA

A fiança se extingue pelos meios comuns das relações obrigacionais, ou em razão de causa específicas do regime fidejussório. A primeira situação de extinção é o afiançado adimplir a obrigação, extinguindo assim automaticamente, por conta da acessoriedade. Extingue-se também, se o fiador adimplir a obrigação, observando o disposto nos Arts. 831 a 833 do Código Civil, o direito deste de sub-rogar-se nos direitos do credor.

“A dação em pagamento sempre põe fim à fiança, não importando se realizada pelo afiançado ou pelo fiador”. (FIGUEIREDO, 2010, p. 257).

Outra forma de extinção da fiança é a novação, objetiva ou subjetiva, sendo necessário a constituição de nova fiança para garantir a nova obrigação. Em caso de invalidação da novação, a obrigação anterior retoma com todos os seus acessórios, o que inclui a fiança.

Compensação também extingue a fiança, até o limite que se compensou, independente de compensação legal, voluntária ou judicial, podendo nessa situação o fiador utilizar crédito que ele próprio detenha contra o credor, sub-rogando-se nos direitos do credor.

A confusão entre o credor e o afiançado ocasiona a extinção tanto da obrigação principal quanto da fiança, porém a confusão entre o credor e o fiador extingue apenas a fiança, restando a obrigação principal desprovida de garantia acessória.

Fiança com prazo determinado se extingue de imediato com a implementação do termo final. A remição concedida ao afiançado extingue o contrato.

O Art. 835 do Código Civil faculta ao fiador extinguir a fiança por prazo indeterminado, mediante notificação ao credor, subsistindo a garantia durante sessenta dias após a notificação, porém com a entrada em vigor da Lei 12.112/91, que altera o inciso X, do Art. 40, da Lei do Inquilinato, e sendo esta Lei Específica se sobrepõe ao Código Civil, alterando o prazo que o fiador permanece onerado pelo efeito da fiança nos casos de fiança prestada como garantia nos contratos de locação, essa garantia subsiste por 120 dias, vejamos:

Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos:

[...]

X – Prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. (BRASIL, 1991).

Ocorrendo a rescisão ou resolução do contrato que deu origem à obrigação afiançada, se extingue a fiança por ser acessória. Porém se procedendo à rescisão ou resolução do próprio contrato de fiança permanece íntegra a obrigação garantida.

Assim, como tratado acima, sem o consentimento do garantidor, a moratória concedida pelo credor ao afiançado extingue a fiança. Assim como por ato ou omissão do credor for impossível a sub-rogação do fiador em seus direitos é extinta a fiança.

Por fim, a morte do garantidor extingue automaticamente a fiança, transmitindo aos sucessores, respeitando o limite das forças da herança, apenas os efeitos produzidos pelo contrato de fiança até o momento do óbito, de acordo com o Art. 836 do Código Civil “ A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança”. (BRASIL, 2002).

Analisado o instituto da fiança como uma garantia acessória ao cumprimento de um contrato, o próximo capítulo será dedicado ao estudo do Instituto da Impenhorabilidade do Bem de Família ou único imóvel familiar.

### 3 INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA

Neste capítulo será abordado o conceito, origem histórica, formas e exceções do instituto da impenhorabilidade, além do entendimento jurisprudencial acerca do tema.

#### 3.1 CONCEITO DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA

O instituto jurídico do bem de família é bastante moderno no Direito, e seu objetivo é proteger a habitação da família, família esta, que é considerada pela nossa Constituição, como base da sociedade. O bem de família é na verdade um direito, não se confundindo com a residência sobre o qual incide.

O bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental, ou entidade de outra origem, protegido por previsão legal específica (Lei nº 8.009/90). A impenhorabilidade em regra, é o elemento fundamental do Instituto do Bem de Família, sendo o bem resguardado contra execução por dívidas. Na realidade jurídica nacional faz-se interpretação extensiva da proteção da moradia para atingir o imóvel onde reside pessoa solteira, separada ou viúva de acordo com o entendimento Superior Tribunal de Justiça exarado na Súmula 364.

De acordo com Azevedo, o bem da família é “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se um imóvel onde a mesma instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”. (AZEVEDO, 2010, p. 80).

A Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, também define um conceito do instituto:

Art. 1º **O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, (grifo nosso)** 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. (BRASIL, 1990).

O conceito, segundo o Código Civil em seu 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 domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. (BRASIL, 2002).

### 3.2 HISTÓRIA DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA

Ao contrário dos vários institutos jurídicos existentes no direito, o bem de família não tem sua origem no antigo direito romano, sua origem é bem mais recente, é do direito americano, remonta a metade do século XIX, e, segundo (AZEVEDO, 2010, p.12), “após saírem do domínio da Inglaterra, os Estados Unidos era um território pobre, mas que tinha um solo muito fértil, em que sua civilização aproveitou destas riquezas para favorecer o crescimento e desenvolvimento econômico”.

Em determinado momento o Texas ficou independente do México, anexou-se aos Estados Unidos, e promulgou-se então a Lei *Homestead Exemption Act*, permitindo que ficasse isenta de penhora a pequena propriedade, sob a condição de sua destinação à residência do devedor. (AZEVEDO, 2010).

Sistemas similares também foram adotados em países como a Suíça, Espanha, Portugal e Chile, claro que sempre adaptando as peculiaridades locais.

No Brasil esta ideia surgiu no ano de 1900, porém somente no ano de 1916 o instituto do bem de família foi introduzido no Código Civil, no Livro II, intitulado “Dos Bens”. Posteriormente o Decreto Lei nº 3.200/41, também tratou da matéria.

Alguns dispositivos legais posteriores também começaram a tratar do bem de família, como a Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registro Públicos), e o Código de Processo Civil de 1973.

A constituição Federal de 1988 dispõe em seu Art. 5º, XXVI, o seguinte:

A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento. (BRASIL, 1988).

Ampliando assim, o conceito para a propriedade rural.

Já o Art. 4º, da Lei nº 8.009/90, em seu § 2º reforça, disciplina e limita a respeito da propriedade rural:

Art. 4º...

[...]

§ 2º - Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos

bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural. (BRASIL, 1990).

Em 1990 com a Lei nº 8.009/90, surge o chamado “Bem de Família Obrigatório”, uma imposição do Estado, decorrente da lei, independente de vontade das partes, com intuito de resguardar o imóvel que abriga o casal ou a entidade familiar, e sobretudo proteger juridicamente a sua moradia.

O Código Civil de 2002, trata da matéria nos Arts. 1.711 a 1.722, e descreve a forma de implantação do Bem de Família Voluntário ou Convencional.

### 3.3 BEM DE FAMÍLIA LEGAL OU VOLUNTÁRIO

O Bem de Família Legal ou Obrigatório está disciplinado na Lei nº 8.009/90, e determina que o imóvel residencial próprio de uma entidade familiar, bem como seus acessórios, são impenhoráveis e não responderão por qualquer dívida, sendo assim considerados “bens de família” por lei e não por vontade das partes.

Já o Bem de Família Convencional ou Voluntário é aquele que a família escolhe para ser seu bem protegido, depende de ato voluntário, ou seja, os interessados devem declarar a fim de gerar a impenhorabilidade.

Vale dizer, que em que pese um bem de família seja impenhorável, existem possibilidades de penhora em determinados casos que iremos tratar mais adiante.

### 3.4 FORMA DE INSTITUIÇÃO

A instituição do Bem de Família Voluntário ou Convencional se dá por escritura pública ou testamento, pode ser declarada pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro. Quando for instituído por terceiro os cônjuges devem aceitar expressamente o benefício.

Mesmo em casos de imóvel com valor inferior a trinta salários mínimos a forma de instituição deve ser pela escritura pública ou testamento, de acordo com o preceito do Art. 108 do Código Civil que menciona a possibilidade de dispensa da escritura pública, salvo quando expresso em lei:

Art. 108. Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. (BRASIL, 2002).

Já o Bem de Família Legal ou Obrigatório, o que determina sua impenhorabilidade é a lei, não depende de escritura e nem de registro, existe como forma de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando um mínimo de direitos patrimoniais.

### 3.5 EXCEÇÕES À IMPENHORABILIDADE

O Art. 3º da Lei 8.009/90 descreve em cada um de seus incisos as exceções à impenhorabilidade:

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

I – revogado (pela Lei Complementar nº 150 de 2015);

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato. (BRASIL, 1990).

A edificação, com base em empréstimo contraído em instituição financeira, seja para adquirir, construir, reformar ou ampliar, não isenta o imóvel de penhora na execução por inadimplência do respectivo empréstimo.

O inciso III, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 descreve outra situação de exceção:

III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida. (BRASIL, 1990).

O credor de pensão alimentícia, seja decorrente de alimentos convencionais, legais ou indenizatórios, pode, em processo de execução pleitear a penhora e consequente venda em hasta pública. A respeito dos alimentos indenizatórios, a questão não é pacífica, muito embora tende ao entendimento pela exceção a impenhorabilidade.

Esse inciso justifica-se, pois, a satisfação da necessidade alimentar é mais importante que a de moradia, ainda assim, não importa se os alimentos não serem destinados para atender diretamente as necessidades primárias da vida, ocorrerá a

exceção a impenhorabilidade do imóvel se os alimentos forem direcionados à manutenção da condição socioeconômica ou do status do alimentando.

O inciso IV, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 prevê a seguinte exceção: “IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar”. (BRASIL, 1990).

Quando há menção às contribuições relativas ao imóvel, segundo a jurisprudência, estão incluídas as dívidas decorrentes do condomínio, já que este inciso trata das obrigações *propter rem*.

O Art. 184 do Código Tributário Nacional, que prevê que mesmo com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade o imóvel servirá para pagar dívida tributária. A exceção aqui se refere ao IRPF, pois este não tem relação com o imóvel, agora se a dívida for decorrente de IPTU o proprietário corre o risco de perder seu bem de família em processo de execução. (BRASIL, 1966).

O inciso V, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 destaca a seguinte exceção: “V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”. (BRASIL, 1990).

Situação em que o devedor, na constituição de um contrato de mútuo, oferece seu bem de família como garantia real. O STJ tem afastado a penhora nos casos de hipoteca oferecida por membro da família visando garantir dívida de sua empresa individual, exceto em casos que a dívida é no interesse de ambos os cônjuges ou de toda a entidade familiar.

Outra exceção à regra é os casos de pequena propriedade rural, dada em garantia, o STJ dando interpretação restritiva, concluiu que a norma não encontra proteção, visto que vai contra o Art. 5º, XXVI da Constituição Federal:

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento. (BRASIL, 1988).

No inciso VI, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 descreve a seguinte exceção: “VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”. (BRASIL, 1990).

Se o bem de família foi adquirido com produto do crime, não resta dúvida que o mesmo responde em sua totalidade, dada a origem criminosa dos valores despendidos em sua aquisição, tratando-se apenas de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento ou indenização devida por um dos membros da entidade familiar, por ela somente responde a sua parte ideal, já que os demais não participaram da prática do ato delituoso. O perdimento de bens, da mesma forma, somente atingirá a parte ideal do condenado criminalmente.

O inciso VII, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 prevê outra exceção: “VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Este inciso foi acrescentado pela Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), objetivando viabilizar as locações em geral, e, sempre foi motivo de divergência entre doutrina e jurisprudência. A problemática foi muito debatida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) entre os anos de 2005 e 2006.

O então Ministro Carlos Velloso entendia pela inconstitucionalidade da norma, na obra de TARTUCE:

O primeiro argumento é a festejada proteção da moradia e da dignidade humana, retiradas do art. 6.º do Texto Maior. O segundo argumento é a lesão à isonomia e à razoabilidade, uma vez que o locatário, devedor principal, não perde o bem de família, ao contrário do fiador. Ora, sabe-se que a fiança é contrato acessório e, como tal, não pode trazer mais obrigações que o contrato principal. (TARTUCE, 2015, p. 164).

Porém, em fevereiro de 2006, por maioria de votos o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da norma, na síntese de TARTUCE:

Primeiro, porque a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Em suma, quando o fiador assina o contrato sabe que pode perder o bem de família. Ademais, entendeu-se que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/1988. (TARTUCE, 2015, p. 164).

Em relação ao Inciso VII da Lei nº 8.009/90 a posição doutrinária do autor (TARTUCE), é clara no sentido de se declarar a norma “inconstitucional” e “desequilibrada”, não devendo prevalecer no sistema jurídico nacional.

Ainda como exceção a impenhorabilidade, o Art. 4º da Lei 8.009/90 dispõe que:

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

§ 1º Neste caso, o juiz poderá, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese. (BRASIL, 1990).

Proteção essa, no sentido de garantir o princípio da boa-fé dos negócios jurídicos, e como forma de prevenir fraude a credores, desde que devidamente comprovada.

Estabelece ainda, em seu parágrafo 2º que:

§2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural. (BRASIL, 1990).

Nesse sentido foi o voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 1.299.580/RJ em 2012:

Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Todas as disposições jurídicas, notadamente as que confirmam excepcionais proteções, como ocorre com a Lei 8.009/1990, só têm sentido se efetivamente protegerem as pessoas que se encontram na condição prevista pelo legislador. Permitir que uma clara fraude seja perpetrada sob a sombra de uma disposição legal protetiva implica, ao mesmo tempo, promover uma injustiça na situação concreta e enfraquecer, de maneira global, todo o sistema de especial de proteção objetivado pelo legislador. (BRASIL, 2012).

A proteção da lei não pode ser forma de garantir injustiças, e o entendimento dos julgadores muda com o decorrer do tempo.

Diante da impenhorabilidade do Bem de Família como forma de proteção do patrimônio familiar, surge a necessidade de estudar o confronto entre este instituto e o instituto da fiança como garantia acessória de cumprimento contratual, sendo assim o próximo capítulo será dedicado a análise de julgados e o entendimento jurisprudencial quando do confronto entre os institutos citados.

## 4 CONFLITOS ENTRE OS INSTITUTOS

Neste capítulo será abordado alguns princípios norteadores do direito envolvendo os dois institutos, o posicionamento da jurisprudência e os possíveis mecanismos que possam prever problemas nos contratos de locação. Uma análise para compreender melhor o conflito entre o Instituto da Fiança e o Instituto do Bem de família na busca pela elaboração de contratos que ofereçam menos riscos as partes.

### 4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE

Boa parte do direito obrigacional se apoia na autonomia da vontade, expressa livremente pelas pessoas, de acordo com o que preceitua Nader:

Parte substancial do Direito das Obrigações se apoia no princípio da autonomia da vontade, pelo qual as pessoas podem ajustar livremente os seus interesses, mediante declaração unilateral de vontade ou por via contratual, implicando esta autonomia a livre escolha da natureza do ato, bem como seu formato normativo. Tal princípio, contudo, vem sendo derogado progressivamente com crescentes limitações impostas por leis de ordem pública. (NADER, 2014, p. 8)

O bem comum e a ordem pública se sobrepõem aos direitos de ordem privada como regra geral, entretanto a sua aplicação, por vezes, é reduzida em virtude da prevalência de conflitos expressos na Constituição, ou no entendimento de nossos julgadores.

O próprio STF entende que a autonomia de vontade não prevalece em todas as situações, pois em determinado momento o indivíduo renuncia a algo, e esta renúncia pode ser contrária à ordem pública.

O entendimento é flexibilizado para atender situações específicas, não encontrando ainda uma corrente absoluta, muito embora o que se vê, é que sim, o público se sobrepõe ao privado, e sim, o Estado por vezes interfere na manifestação de vontade privada.

Muito embora podemos encontrar decisões, ao exemplo do julgamento do STJ ao analisar o REsp 1.559.348-DF onde uma empresária contratou empréstimo junto instituição financeira para disponibilizar o valor como capital de giro de sua empresa, e após ficar inadimplente, no momento em que o banco foi consolidar a

propriedade do imóvel dado em garantia, alegou a impenhorabilidade por se tratar de bem de família.

O entendimento do tribunal foi o de afastar a impenhorabilidade, pois entendeu que o acordo jurídico foi firmado em pleno exercício da autonomia de vontades dos envolvidos e sem nenhum defeito que o maculasse.

Segundo o Ministro Relator Luis Felipe Salomão “o uso abusivo desse direito, com violação ao princípio da boa-fé objetiva, não deve ser tolerado, devendo, assim, ser afastado o benefício conferido ao titular que exerce o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico. ”

Nesse sentido encontra-se segurança jurídica, pois todo direito sendo usado com abuso fere os princípios básicos e não deve ser tolerado. O Estado fiscaliza a manifestação de vontade do particular no sentido de não abrir mão de direito fundamental, mas também, ao usar do direito em flagrante má-fé ou fraude, se posiciona no sentido de corrigir uma possível injustiça.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Este princípio visa promover a igualdade contratual, garantindo limites da liberdade de contratar, e ao mesmo tempo impondo limites para impedir maneira irresponsável de contratação, no mesmo sentido que ocorre na função social da propriedade.

Garante condições mínimas de não causar danos a terceiros, por mais particular que seja o contrato, com previsão no Código Civil, no Art. 421 “ a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. ”

É uma cláusula, um valor, que visa promover o bem comum e a dignidade da pessoa humana. Tem por fonte inicial as constituições do México em 1917 e da Alemanha de 1919.

Mais uma vez, o direito da coletividade se sobrepõe ao particular, podendo ser alegado violação em caso de flagrante abuso do direito.

### 4.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Como regra, o princípio da boa-fé é ético, um valor moral, dever de fidelidade à palavra, e instrumento para dirimir litígios resultantes da interpretação dos contratos.

Acaba sendo um limitador da autonomia da vontade, por vezes limitando a manifestação da parte, quando está, na interpretação do julgador for manifestamente injusta, desproporcional e ou abusiva, pois a violação da boa-fé é um abuso de direito.

Os princípios tratados até aqui são reguladores do direito, proporcionam a garantia do particular em contratar, de manifestar sua vontade, assumir obrigações, mas sempre em conformidade e respeito ao direito, e, em qualquer violação das normas o Estado pode intervir e valorar esses princípios.

### 4.4 CONFLITO ENTRE OS INSTITUTOS

Toda essa análise de princípios e sua valorização se faz necessária para compreender onde começa, no nosso entendimento o conflito dos Institutos da Fiança, e do Bem de Família. Fiança que está alicerçada na manifestação de vontade, pois é garantia acessória pactuada entre partes, enquanto que o Instituto do Bem de Família é um gatilho legal para a garantia e proteção do direito de moradia digna.

O conflito surge com o Supremo Tribunal Federal mudando seu entendimento com relação à possibilidade de penhora do Bem de Família. Em 12/06/2018, no julgamento do AG.REG. no Recurso Extraordinário 605.709 SP, os Ministros Dias Toffoli, e Luís Roberto Barroso foram votos vencidos, passando a ser afastada a penhora em caso de a fiança ser prestada para locação comercial.

O Ministro Dias Toffoli, em seu relatório sustenta que a matéria já se encontra pacificada no âmbito da corte, no sentido da constitucionalidade da penhora sobre o Bem de Família do fiador, mesmo após a Emenda Constitucional 26/2000.

Em seu relatório cita ainda;

[...]

que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 407.688, Ministro Relator Cesar Peluso, DJ 6.10.2006, afirmou ser legítima a penhora do Bem de Família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 com direito à moradia consagrado no Art. 6º, da Constituição Federal, com

redação da EC 26/2000, (Inteiro Teor do Acórdão, Recurso Extraordinário 605.709).

Os Ministros divergiram do entendimento da corte, e aceitaram o provimento do agravo regimental, declarando de certa forma o conflito, pois continua a ser aceita a penhora em casos de fiança de imóvel residencial e afasta em casos da fiança ser oriunda de locação comercial.

Com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao afastar a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial, sinaliza uma possível mudança de entendimento quanto à constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90 que trata do Bem de Família.

O possível entendimento se baseia no fato do entendimento da Procuradoria Geral da República, “Entre o suposto lucro sugerido pela atividade comercial e um teto para o fiador e sua família, a piedade propende ao segundo valor”, sustentado por Odim Brandão Ferreira.

Esse entendimento parece algo um pouco diverso do obvio e aceitável, em uma locação **residencial** em regra o Locatário não tem moradia, está locando imóvel para morar, e o fiador, por manifestação de vontade se obriga a honrar o compromisso assumido em caso do devedor principal ficar inadimplente. Pois bem, sendo o fiador proprietário de um único bem imóvel, poderá este perde-lo em uma possível execução caso não cumpra com a obrigação assumida.

Em sentido diverso, nos contratos de locação **comercial**, o fiador, sendo proprietário de um único imóvel, com o entendimento exarado pelo tribunal, tem sua obrigação relativizada.

Existem inúmeros proprietários de imóveis que tem como fonte de renda a locação, por vezes um único imóvel comercial, e deste provem a renda para sua moradia, onde eventualmente pode ser um locatário, locando imóvel por não ter moradia própria por exemplo, e em outras situações o proprietário possui vários imóveis residenciais, locando-os e extraíndo renda para subsistência.

O proprietário que explora imóveis residenciais tem uma segurança muito maior que o proprietário que explora imóveis comerciais, e isto nos parece desarrazoado, algo que até então não acontecia, tinha segurança e proteção legal e entendimento pacificado nos tribunais.

Se o entendimento é no sentido de proteção a moradia, não seria mais razoável se proteger a locação residencial? Pois em caso de locação comercial, ficando inadimplente o locatário teria ele outras formas (trabalho) de buscar subsistência e teria ainda a proteção da moradia.

Parece que o lucro da atividade comercial em análise é o do locador, e não a geração de riqueza que a atividade pode proporcionar. Nesse sentido o lucro da atividade de locação residencial e comercial não se diferencia.

O entendimento de Figueiredo, a respeito do tema:

A constitucionalidade da regra é questionada. Argui-se sua incompatibilidade com o direito social à moradia, que tem eficácia plena e só pode ser mitigado em prol de direitos, princípios ou valores de igual ou superior hierarquia (CF, art. 6º); com qualificação de casa como asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI); com a dignidade da pessoa humana, por ser desproporcional e irrazoável privilegiar o direito creditório do locador em detrimento da segurança habitacional do fiador (art. 1º, III); e com a isonomia, pois, sendo o devedor principal imune à penhora do imóvel residencial, não há razão para dispensar-se tratamento desigual ao fiador, que apenas presta uma garantia acessória (art. 5º, *caput*). (FIGUEIREDO, 2010, P. 255)

Nesse entendimento, o fiador por manifestação de vontade, abre mão de uma garantia legal, e em sentido diverso, em flagrante abuso de direito ou má-fé busca exonerar-se do compromisso assumido.

Continua Figueiredo:

Em defesa da constitucionalidade do dispositivo, argumentou-se que a autorização para a penhora do imóvel residencial do fiador estimula o mercado de locações, permitindo acesso à moradia de locatários desprovidos de recursos econômico-financeiros; não há ofensa à igualdade, pois o locador e o fiador ocupam posições jurídicas diversas; o art. 6º da Constituição Federal não tem eficácia plena, dependendo de regulamentação; e o mencionado art. 6º é uma diretriz dirigida ao Poder Público, que deve implementar políticas voltadas à supressão do déficit habitacional.(FIGUEIREDO, 2010, P. 255)

Observa-se ser mais fácil o Estado interferir na manifestação de vontade, mesmo sendo detentor de tal poder, que agir no sentido de eliminar a desigualdade e suprir a necessidade de moradia.

A leitura que faz Figueiredo, é mais próxima da realidade:

O acórdão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL afirmou que o direito à moradia não significa direito à propriedade de imóvel; a penhorabilidade do imóvel residencial do fiador tutela o direito à moradia das pessoas que dependem da locação; havendo um conflito entre o direito à moradia e o direito à liberdade, deve prevalecer este último; e o direito de propriedade do fiador sobre seu imóvel residencial é disponível. (FIGUEIREDO, 2010, p.255)

#### 4.5 MECANISMOS NA ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO

Após essa análise, do conflito surgido entre a fiança e a impenhorabilidade do Bem de Família, se faz necessário buscar ferramentas que proporcionem segurança jurídica na elaboração de contratos de locação, e formas de tranquilizar locador e locatário.

A Lei 8245/91 prevê:

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. (BRASIL, 1991)

Ainda em seu Art. 43, da Lei 8245/91 estabelece penalidade criminal e civil:

Art. 43. Constitui contravenção penal, punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário:

I - exigir, por motivo de locação ou sublocação, quantia ou valor além do aluguel e encargos permitidos;

II - exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação;

Dessa forma, em não sendo possível que o locatário garanta à locação, comercial nessa situação, com caução, seguro fiança ou cessão fiduciária de quotas de investimento, o fiador que irá garantir este contrato deverá ser proprietário de dois imóveis.

Outra possível solução é, na locação comercial, sendo o fiador proprietário de um único imóvel, na elaboração do contrato, em cláusula específica, logo a baixo da respectiva cláusula em que contenha as condições da fiança, colher a assinatura do fiador, deixando explícito que o mesmo tem conhecimento da garantia prestada, que o faz de boa-fé, por autonomia de vontade, afastando assim a impenhorabilidade do

imóvel em flagrante abuso do direito ou má-fé contratual, visto ser um direito disponível como se observa na doutrina e entendimento de alguns julgados.

Em caso de locação residencial, até o presente momento, pelo entendimento jurisprudencial, respeitadas as formalidades impostas pela lei, é possível sim efetuar a penhora de imóvel do fiador, mesmo que Bem de Família, como forma de execução pelo inadimplemento do locatário.

## 5 CONCLUSÃO

A fiança é uma importante ferramenta das obrigações, garantia acessória, fruto da manifestação de vontade das partes, e somente terá interferência do Estado em situações de flagrante abuso do direito, quando a manifestação for em sentido diverso do bem da coletividade, ou ainda quando não respeitado o princípio da boa-fé na elaboração do negócio jurídico.

A impenhorabilidade do Bem de Família constitui proteção ao direito de moradia em sentido mais amplo (propriedade mais moradia), direito disponível, que pode ser relativizado em confronto com institutos de maior valoração, nesse sentido os dois institutos se confrontam, surgindo o conflito.

O entendimento pacífico da jurisprudência era no sentido da possibilidade da penhora do imóvel Bem de Família quando este servir de garantia em contratos de locação, independentemente de residencial ou comercial.

Nas locações residenciais esse entendimento não mudou, apenas nas locações comerciais, depois do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 605.709 SP, que se adotou esse posicionamento, posicionamento este possível de sofrer alteração, visto que o acordão partiu de uma das Turmas do STF, e não do pleno, não estando sumulado.

Existe a possibilidade de que seja invocado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, visto a quantidade de processos que possam ter entendimento alterado depois deste acordão, portanto passível de se mudar o entendimento, ou que possa ser emitida uma súmula nesse sentido.

O Direito está em constante evolução, reage sempre que provocado, forçando o interprete ou aplicador da norma a encontrar formas de adequar cada situação com intuito de garantir segurança jurídica na elaboração de contratos e em todos os negócios jurídicos.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Simone Gasperin de. **Material de estudos para elaboração do projeto de monografia**. URI. 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**: com comentários a Lei 8.009/90. 1 ed. São Paulo: Atlas. 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Campinas: Editora Red. 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 de out. 2019.

BRASIL. **Decreto lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941**. Institui o Bem de Família. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm). Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm). Acesso em: 19/12/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a Impenhorabilidade do Bem da Família. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm). Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Institui a Lei do Inquilinato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm). Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **SÚMULA 364**. EMENTA: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúva. 15 de outubro de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4 Turma). **REsp 1013436/RS**. Novo pacto entre credor e devedor sem anuência dos fiadores. Ilegitimidade passiva dos fiadores na execução. Recorrente: Rubens Carlos Paganella do Prado e outros. Recorrido: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A – BANRISUL. Min. Luis Felipe Salomão, 11 de setembro de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24415424&num\\_registro=200702914079&data=20120928&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24415424&num_registro=200702914079&data=20120928&tipo=91&formato=PDF). Acesso em 04 de dez. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **REsp 1.299.580/RJ**. Desconsideração da personalidade jurídica; Penhora e alegação de bem de família. Recorrente: Tito Donati. Recorrido: Reinaldo Valadares Theodoro. Min. Nancy Andrighi, 20 de março de 2012. Disponível em: [http://www.gaeta.eng.br/e107\\_files/downloads/protECAobemfamilia.pdf](http://www.gaeta.eng.br/e107_files/downloads/protECAobemfamilia.pdf). Acesso em: 14 out. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **REsp. 232117/SP**. Locação. Imóvel. Contrato. Moratória. Parcelamento. Cláusulas contratuais e matéria de fato. Súmulas 05 e 07. Juros moratórios. Art. 1.062/ccb. Convencionada a taxa de juros. Prequestionamento. Ausência. Recorrente: José Cesário Ribeiro e cônjuge. Recorrido: Guiomar Maximini. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 22 de fevereiro de 2005. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1647608&num\\_registro=199900861450&data=20050314&tipo=41&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1647608&num_registro=199900861450&data=20050314&tipo=41&formato=PDF). Acesso em 04 de dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **REsp. 34981-SP SÚMULA 214**. EMENTA: O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu. Relator: Min. Pedro Acioli, 23 de setembro de 1998. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_16\\_capSumula214.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula214.pdf). Acesso em 06 de out. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp. 1.559.348-DF**. Ementa: Recurso Especial. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Incidente de uniformização de jurisprudência. Conveniência e oportunidade. Alienação fiduciária. Transmissão condicional da propriedade. Bem de família dado em garantia. Validade da garantia. Vedação ao comportamento contraditório. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28 de agosto de 2018. Disponível em: [http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Processo\\_Civil/REsp\\_1559348\\_Bemdefamilia\\_dadoemgarantia\\_alienacaofiduciaria.pdf](http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Processo_Civil/REsp_1559348_Bemdefamilia_dadoemgarantia_alienacaofiduciaria.pdf). Acesso em 03 de abr. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **SÚMULA 332**. EMENTA: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia. Relator: Min. Hélio Barbosa, 03 de março de 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_28\\_capSumula332.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula332.pdf). Acesso em 04 de dez. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma) **Recurso Extraordinário 605.709 RG/SP – São Paulo**. DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Relator: Min. Dias Toffoli, 16 de junho de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>. Acesso em 06 ago. 2019.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Contrato de Fiança**. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses jurídicas - **Direito das Obrigações - Parte Especial (Contratos)**. Volume 6, Tomo I. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MENDOÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos contratos e contratos em espécie**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.