

DOI: 10.33242/rbdc.2022.01.003

DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO AFIANÇADO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL

ATTACHMENT LIEN ON DEBTOR'S FAMILY ASSETS ON BEHALF OF THE GUARANTOR IN RESIDENTIAL RENTAL CONTRACTS

Bruno Magalhães de Mattos

Doutor e Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Professor de Direito Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professor do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito na UERJ
(Ceped-UERJ). Membro do Fórum Permanente de Direito Civil da Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9580-4284>.
E-mail: profmattos74@gmail.com.

Resumo: Diante do posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador em contratos de locação residencial, o presente trabalho não questiona tal decisão, mas procura defender que este mesmo fiador, a fim de resguardar a sua dignidade, o direito à moradia e seus interesses econômicos, estaria autorizado a buscar a penhora do bem de família do afiançado por meio do instituto da sub-rogação previsto em lei, pois somente por meio dessa constrição jurídica é que se possibilita o respeito aos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa do devedor da função social e da boa-fé, princípios balizadores do ordenamento jurídico brasileiro e do próprio instituto da sub-rogação.

Palavras-chave: Direito civil. Direito à moradia. Contrato de locação. Contrato de fiança. Bem de família.

Abstract: According to the Brazilian Federal Supreme Court, the attachment lien on guarantor's family assets in residential rental contracts is considered constitutional. This study does not have the purpose of confronting this understanding but aims to defend that the guarantor has the right to protect his personal assets, his dignity and his own economic interests. This is the reason why the guarantor should be allowed to claim attachment lien on debtor's family assets using the subrogation established by law, because only by this legal instrument would the principles of prohibition of the debtor's unjust enrichment, the social function of property, the good faith, which are Brazilian legal system guiding principles, will be respected.

Keywords: Civil rights law. Right to housing. Residential rental contracts. Guarantee contract. Family assets.

Sumário: **1** Introdução – **2** Da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador – **3** Da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação comercial – **4** Da visão doutrinária acerca do tema – **5** Interpretação ampliada ao conceito de bem de família legal – **6** Soluções ao fiador a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 – **7** Conclusão – Referências

1 Introdução

Um dos temas mais polêmicos no direito civil brasileiro versa sobre a possibilidade ou não da penhora e a consequente excussão em leilão judicial do bem de família do fiador. A fim de dar um posicionamento definitivo acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, nos idos de 2010, proferiu decisão no Recurso Extraordinário nº 612.360, com repercussão geral, confirmando o entendimento que já adotava em suas turmas e, com isso, buscou pacificar nos tribunais inferiores a constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 de forma definitiva.

Tendo em vista a amplitude da decisão proferida pelo Pretório Excelso em 2010, a princípio, o tema não mais fomentou debates jurídicos nos tribunais de segundo piso ou no Superior Tribunal de Justiça que, inclusive, editou súmula sobre a questão.¹ Mesmo diante da decisão proferida em plenário com o *status* de repercussão geral, alguns doutrinadores mantêm-se fiéis a seus posicionamentos e até hoje apresentam fundamentos contrários à possibilidade da penhora do bem de família do fiador.

O presente artigo tem por finalidade apresentar os fundamentos jurídicos que levaram o STF a decidir favoravelmente pela penhorabilidade do bem de família do garantidor, bem como os fundamentos contrários que ainda são defendidos por parte da doutrina que reconhecem a inconstitucionalidade do disposto em questão. Todavia, o principal escopo deste trabalho é, diante do caráter peremptório da decisão proferida em sede de recurso extraordinário, apresentar uma solução harmônica, equilibrada e que proteja o patrimônio do fiador. Justamente porque essa figura jurídica não integra o vínculo jurídico obrigacional e, conseqüentemente, não auferir qualquer benefício a partir da obrigação, pois, conforme é sabido, a função do fiador é a de mero garantidor da prestação principal.

Diante da harmonização interpretativa pretendida, acredita-se na implementação ainda mais corriqueira dos contratos de locação residencial urbana, o que fomenta não apenas o desenvolvimento da função social da propriedade urbana, mas também o direito fundamental à moradia digna (como quer o Supremo Tribunal Federal).

Para tanto, o presente trabalho defende que o instituto da sub-rogação se apresenta como um instrumento hábil a produzir o equilíbrio pretendido, pois, conforme será demonstrado, o fiador é o terceiro interessado na quitação do débito afiançado e, assim sendo, se sub-roga nos direitos e ações que o credor originário possuía em face do devedor, e um desses direitos é a possibilidade de se requerer a penhora de bem de família do executado.

¹ Súmula nº 549: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação” (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 10 set. 2018).

2 Da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador

Conforme já relatado, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, afirmou ser constitucional a penhora sobre o bem de família pertencente ao fiador, pois a exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 seria um instrumento de fomento ao desenvolvimento do direito fundamental à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000.

Em 25.6.2010, a fim de pacificar a matéria nos tribunais inferiores, o Supremo Tribunal Federal inseriu no sistema eletrônico da repercussão geral o Recurso Extraordinário nº 612.360/SP, que tratava do mesmo tema, dando efeito *erga omnes* à decisão.

Nas razões de decidir, o relator do RE nº 407.688/SP Ministro Cesar Peluso entendeu que o direito à moradia como um direito social abarca não somente proprietários de imóveis, mas também todo cidadão desprovido da titularidade sobre tais bens, entre eles os próprios locatários. Assim sendo, no sentido de conceder maior amplitude ao direito social de moradia, conjecturou-se a penhora do bem de família do fiador como um estímulo ao desenvolvimento dos contratos de locação no seio da sociedade, pois o locador teria maior segurança para o recebimento do seu crédito, nem que fosse por meio da penhora do bem de família do fiador.

Dessa forma, à época, defendeu o Ministro Cesar Peluso:

não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com o *direito à propriedade imobiliária* ou direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. [...] A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais lícitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social

de moradia, é a própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas.²

Entre os que divergiram do voto do relator estavam os ministros Eros Grau, Carlos Britto e Celso de Melo.

Para o Ministro Eros Grau, a manutenção da impenhorabilidade do bem de família do fiador passa pelo respeito ao princípio da isonomia formal e substancial, uma vez que todos os cidadãos gozam desse direito fundamental. A fim de demonstrar seu posicionamento, o ministro aposentado construiu uma situação hipotética, qual seja:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão da aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga aluguel, porque está poupar para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. À afronta à isonomia parece-me evidente.³

E, por fim, sustentou:

o argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado de locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.⁴

² STF, Tribunal Pleno. RE nº 407.688-8/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8.2.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 6 set. 2018.

³ STF, Tribunal Pleno. RE nº 407.688-8/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8.2.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 6 set. 2018.

⁴ STF, Tribunal Pleno. RE nº 407.688-8/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8.2.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 6 set. 2018.

Na linha ainda do respeito à isonomia, o Ministro Celso de Mello pontuou:

A “*ratio*” subjacente a esse entendimento prende-se ao fato de que o bem de família do devedor principal – que é o locatário – não pode ser penhorado, muito embora o fiador – que se qualifica como garante subsidiário (CC, art. 827) – possa sofrer a penhora de seu único imóvel residencial, daí resultando um paradoxo absolutamente inaceitável, pois, presente tal contexto, falecer-lhe-á a possibilidade de, em regresso, uma vez paga, por ele, a obrigação principal, fazer incidir essa constrição judicial sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino.⁵

Já o Ministro aposentado Joaquim Barbosa, assim como o relator, entendeu pela penhora do bem de família do fiador, entretanto, partiu da premissa de que, no caso em tela, existiam dois direitos fundamentais em conflito, os quais necessitavam se submeter à técnica da ponderação de princípios. De um lado, o direito à moradia, que é um direito social constitucionalmente assegurado e, de outro, o direito à liberdade, conferido às partes de manifestarem a vontade de obrigarem-se contratualmente e suportarem os ônus dessa livre e plena escolha jurídica.

Joaquim Barbosa salientou que o mérito da questão é oriundo de uma relação jurídica que se desenvolve à luz de interesses privados, o que, todavia, não afastaria a análise da incidência dos direitos fundamentais dessas relações, e, dependendo do contexto social, deveriam ter a mesma força das decisões que se estabelecem entre o titular de um direito e um órgão estatal.

Após essa premissa, conclui o Ministro Joaquim:

Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta. É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria.⁶

⁵ STF, Tribunal Pleno. RE nº 407.688-8/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8.2.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 6 set. 2018.

⁶ STF, Tribunal Pleno. RE nº 407.688-8/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8.2.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 6 set. 2018.

A partir dos debates travados e dos votos proferidos em plenário, o então Relator Ministro Cezar Peluso conheceu do recurso extraordinário, contudo, negou-se o seguimento por decisão da maioria do colegiado. Restaram vencidos os ministros Eros Grau, Celso de Melo e Carlos Brito.

Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça emitiu a Súmula nº 549, de 14.10.2015, *DJe* de 19.10.2015, proclamando que “é válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.

3 Da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação comercial

Em 2014, o Supremo Tribunal Federal – já com nova composição de ministros –, no Ag. Reg. no RE nº 605.709/SP, deparou-se novamente com a questão sobre a penhora do bem de família do fiador, desta vez em um contrato de locação comercial. O acórdão em questão estava sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli que, citando a decisão plenária de 2010 sobre o assunto, sustentou pelo não provimento do agravo regimental.

Mas os ministros que integram a primeira turma, entre eles Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Marco Aurélio, ao debaterem o tema, não compreendiam como era possível a proteção do bem de família do afiançado sem a devida proteção do bem de família do fiador, que é mero garante da obrigação.

Diante dessa dúvida, o Ministro Luiz Fux ponderou que tal matéria deveria ser discutida à luz dos princípios constitucionais, com o que os outros ministros concordaram, restando então vencido o Ministro Dias Toffoli. Assim sendo, foi dado provimento ao agravo regimental e o recurso extraordinário foi submetido a julgamento.

Em 12.6.2018, o recurso extraordinário sobre o tema foi finalmente julgado em definitivo e a publicação ocorreu em 18.2.2019. Na decisão, por maioria, entendeu-se pela impenhorabilidade do bem de família do fiador, quando a fiança for prestada em locações comerciais. A dicotomia jurisprudencial se fez presente por entender os ministros que, diferentemente das locações residenciais, as locações com fins comerciais não atendem ao viés do direito fundamental de moradia do locatário; logo, não haveria porque constranger o bem imóvel do fiador para fomentar locações comerciais, se estas não se prestam para garantir a posse-moradia.

Entretanto, conforme acima visto, a decisão se deu por maioria. O relator, Ministro Dias Toffoli, citando precedentes da casa, sem estabelecer diferenças entre locações comerciais e residenciais, seguiu o precedente de 2006 (RE nº 407.688) e entendeu pela penhora do bem de família do fiador.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso, apesar de pedir vista do processo para refletir sobre o tema, entendeu pela possibilidade de penhora do bem de família do fiador nas locações comerciais, utilizando como fundamento a vontade e a livre iniciativa do fiador de se colocar espontaneamente como garantidor desses contratos, vejamos:

Esse fundamento não se aplica aos contratos de locação comercial, pois, neste caso, não existe conflito entre direito à moradia de proprietários de imóveis e direito à moradia de locatários. Para a resolução da questão, entretanto, deve ser levado em conta o direito à livre iniciativa, princípio fundamental da República (CF, art. 1º, *caput*) e princípio geral da atividade econômica (CF, art. 170, *caput*) [...].

Ninguém é obrigado a prestar fiança em contrato de locação de imóvel comercial; se o faz, porém, no exercício constitucionalmente protegido de sua autonomia da vontade, poderá ter seu imóvel penhorado para o pagamento das dívidas não quitadas pelo locatário.⁷

Por outro lado, a dignidade da pessoa é princípio indisponível e de ordem pública, sendo certo que o direito fundamental de moradia é um instrumento de desenvolvimento da dignidade do cidadão. Logo, se houver qualquer disponibilidade patrimonial ou desenvolvimento econômico de cunho pessoal que venha ferir a própria dignidade do sujeito, essa violação manifestada por um desejo particular e individual não pode ser tolerada pelos operadores do direito. Vive-se um momento de despatrimonialização do direito privado, em que se reconhece os direitos humanos ante a vontade econômica, ou seja, a dignidade não é negociada.

A título de exemplo, cita-se a regra do art. 548 do Código Civil, que bem demonstra essa mudança de paradigma do direito privado: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

O voto da Ministra Rosa Weber foi no sentido de privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, voto que inclusive orientou os demais ministros (Marco Aurélio Mello e Luiz Fux) a votarem contra a penhora do bem de família do fiador nas locações comerciais.

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

⁷ STF, 1ª T. RE nº 605.709/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. Rel. Min. p/ Acórdão: Rosa Weber, j. 12.6.2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>. Acesso em: 1º abr. 2019.

moradia, cujo sacrifício, com a vênia dos que pensam em sentido contrário, não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Tal interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não foi, a meu juízo, recepcionada pela EC nº 26/2000. [...]

A imposição de limites à penhora de certos bens constitui conquista civilizatória, endereçada a assegurar o mínimo existencial. Admitir a penhora de bem de família para satisfazer débito decorrente de locação comercial, em nome da promoção da livre iniciativa, redundaria, no limite, em solapar todo o arcabouço erigido para preservar a dignidade humana em face de dívidas. [...]

Se na garantia prestada em contrato de locação residencial é possível contrapor o direito à moradia de fiadores ao igualmente relevante direito à moradia de locatários, como apontado nos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, o mesmo não se verifica na hipótese de fiança em contrato de locação de imóvel comercial.⁸

Todavia, como a questão não se encontrava pacificada dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, recentemente a Suprema Corte voltou a debater o tema em sede de repercussão geral (Tema nº 1.127) e, por maioria, fixou a seguinte tese: “É constitucional a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial”.

Os fundamentos jurídicos para tanto, apresentados pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes, foram os mesmos do voto vencido do Ministro Luís Roberto Barroso transcritos no acórdão acima, quais sejam autonomia na manifestação de vontade e livre iniciativa.

Por fim, quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, cumpre mencionar o voto do Ministro Luiz Fux, que se vê contrário à penhora do bem de família do fiador, seja na locação residencial, seja na locação comercial.

Hoje em dia, não se aluga se não tiver um fiador. No meu modo de ver, representa uma injustiça que o devedor possa ter preservado o bem de família e a fiança – que, na sua *ratio* histórica, era um contrato gratuito – possa sacrificar o patrimônio do devedor. Eu nunca consegui entender isso, máxime quando a fiança, nesses casos, não é uma fiança prestada pelo banco, é uma fiança *intuitu personae*, são

⁸ STF, 1ª T. RE nº 605.709/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. Rel. Min. p/ Acórdão: Rosa Weber, j. 12.6.2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>. Acesso em: 1º abr. 2019.

peçoas que se prestam a ajudar as outras para que elas possam alugar um imóvel. Eu tive experiência nesse setor durante muito tempo e, realmente, o contrato é lavrado diretamente com o fiador. Ele não é obrigado a aceitar, mas aceita por razões que não são econômicas, ele aceita para viabilizar que outrem possa alugar um imóvel. Eu vou pedir todas as vênias para acompanhar a divergência, no sentido da impenhorabilidade.⁹

4 Da visão doutrinária acerca do tema

É claro que, pelo formato do trabalho que se desenvolve, não se abre a oportunidade de investigar o posicionamento de todos os civilistas que escrevem sobre o assunto. Todavia, é preciso trazer à baila o posicionamento de alguns desses autores de reconhecido prestígio acadêmico, para justamente fomentar o debate jurídico e apresentar soluções a partir do contraditório que já se fez presente dentro do próprio STF, já que a decisão sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador não foi unânime.

Flávio Tartuce, que sempre defendeu a impenhorabilidade do bem de família do fiador em respeito à isonomia e aos princípios fundamentais, assim se manifestou em sua obra:

O que se percebia é que a tese por este autor defendida já na primeira edição do volume 1 desta coleção ganhou força. Isso porque vinha crescendo na jurisprudência uma análise do Direito Privado à luz do Texto Maior e de três princípios básicos: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), a solidariedade social (art. 3.º, I) e a isonomia (art. 5.º, *caput*). Esses são justamente os princípios basilares daquilo que se denomina Direito Civil Constitucional.

Essa é a interpretação que se espera de nossos Tribunais, visando a consubstanciar um Direito Civil renovado, mais justo e solidário. O contrato não pode fugir dessa concepção, sendo certo que a interpretação de inconstitucionalidade do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 mantém relação direta com o princípio da função social dos contratos.¹⁰

⁹ STF, 1ª T. RE nº 605.709/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. Rel. Min. p/ Acórdão: Rosa Weber, j. 12.6.2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>. Acesso em: 1º abr. 2019.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 521.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald são da mesma corrente de pensamento que Tartuce, vejamos:

De fato, parece ter havido um grave equívoco legislativo ao permitir que fosse penhorado o bem de família por conta da fiança prestada em contrato de locação de imóvel urbano. É que os bens – móveis ou imóveis, eventualmente existentes – do locatário (o devedor principal) não poderão ser penhorados, uma vez que incidirá sobre eles, a impenhorabilidade legal, em conformidade com o art. 1º da lei protetiva. Ora, se a lei, que não permite a penhora do bem de família do devedor principal, vai permitir (inciso VII, art.3º) a penhora do imóvel que serve de moradia para o fiador, viola flagrantemente a igualdade substancial constitucional, maculando na inteireza o inciso referido. Por isso, há total incompatibilidade da norma legal com a Constituição Federal, seja porque a mesma é incompatível com a proteção jusfundamental à moradia, seja em razão da quebra da igualdade substancial, tratando diferentemente devedores originados pela mesma causa.¹¹

Marco Aurélio Bezerra de Melo também manifestou o seu entendimento no seguinte sentido:

[...] um grande equívoco dos poderes legislativo e judiciário, animado por argumentos *ad terrorem* do fundamental mercado imobiliário, no sentido de que os locadores preferirão deixar os imóveis vazios ou que sem essa regra não haverá garantia na locação, aumentando ainda mais o déficit habitacional como se este tivesse como causa a penhorabilidade do imóvel de moradia do fiador.

Com todo o respeito às opiniões em contrário, na legalidade constitucional que prima pela isonomia, direito à moradia em posição de supremacia em relação ao direito de crédito, tendo em vista a primazia da proteção da dignidade humana, não há espaço para tal construção jurídica.¹²

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas também defendem a inconstitucionalidade do inc. VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90, por acreditarem justamente

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito de família*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, [s.d.], p. 853.

¹² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 847.

que o inciso em questão viola o princípio constitucional da isonomia e a proporcionalidade que se espera das leis infraconstitucionais.¹³

Note-se que a intenção do legislador infraconstitucional quando inseriu o inc. VII na Lei nº 8.009/90 foi, no sentir do Pretório Excelso, voltada para o fomento ao direito social de moradia por meio do desenvolvimento de contratos de locação residencial. Todavia, por outro lado, a decisão do Supremo Tribunal Federal pode acarretar um efeito reverso, tendo em vista que os pretensos fiadores, cientes de que seu único bem imóvel residencial não se encontra resguardado pela impenhorabilidade por dívidas do locatário, pensarão duas vezes antes de prestar a garantia. Ou seja, sem fiador, não tem contrato de locação, bem como não se tem moradia; conseqüente e provavelmente estaremos diante de imóveis inutilizados, o que rompe com o princípio da função social da propriedade urbana e repercute negativamente no direito da cidade.

Arnaldo Rizzardo, sem adentrar na discussão quanto à violação do princípio da isonomia constitucional, reconhece a inconstitucionalidade na subtração do direito social e fundamental de acesso à moradia. O autor afirma em sua obra:

com a penhorabilidade, há a violação do direito fundamental da moradia, levando a se entender a inconstitucionalidade do inc. VII, acrescentado pela Lei nº 8.245 ao art. 3º da Lei nº 8.009, referente à obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Estaria a inconstitucionalidade na ofensa ao art. 6º da Constituição Federal, em redação da Emenda Constitucional nº 26/2000, que assegura como direito social a moradia.¹⁴

Note-se que, pelo entendimento doutrinário exposto, cria-se uma situação totalmente desproporcional e injusta, uma vez que se protege o imóvel residencial do devedor principal, que é aquele que auferir os benefícios extraídos do vínculo jurídico – que, no caso, é a posse do bem imóvel – mas, por outro lado, sacrifica-se o único imóvel residencial do garantidor, “devedor subsidiário”, que não obtém qualquer vantagem patrimonial oriunda de um contrato comutativo. Dessa forma, pode-se afirmar que a norma em questão produz um enriquecimento sem causa voluntário do locatário.

¹³ MALUF, Carlos Aberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 741.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 542.

Nessa linha de raciocínio, está Carlos Roberto Gonçalves, ao citar Álvaro Villaça Azevedo:

Tal exceção contém uma certa incongruência, pois, tendo o inquilino como impenhoráveis os bens que guarnecem sua residência, poderia seu fiador sofrer execução de seu bem de família, sua residência. Acresce, ainda que tal preceito, como enfatiza Álvaro Villaça Azevedo, “leva a que seja executado responsável (fiador), sem a possibilidade de execução do devedor (o locatário, afiançado); e, mais, que sendo executado o primeiro não possa ele exercer seu direito de regresso contra o segundo.¹⁵

Na doutrina favorável à penhora do bem de família do fiador estava Sylvio Capanema. Segundo o autor, não havia violação ao princípio da isonomia, diante das peculiaridades do contrato de locação, e, assim sendo, tal contrato não seria igual aos demais contratos garantidos por fiança, em que o fiador não perderia seu bem de família. Ademais, sustentava o autor que, por outro lado, não haveria violação ao direito à moradia previsto constitucionalmente, pois tal direito é genérico e de responsabilidade do Estado, que deve desenvolvê-lo para aqueles que dele necessitam, através de políticas públicas de acesso à moradia digna.¹⁶

Entretanto, como já acima demonstrado, a violação da isonomia está no fato de locatário e fiador estarem envolvidos na mesma relação jurídica, contudo, com responsabilidades patrimoniais díspares e mais penosas para o fiador.

Note-se que a Lei de Locações impôs em 1991 uma restrição à moradia (ainda não entendida como direito fundamental a época) até então não prevista na Lei nº 8.009/90, dando preferência ao crédito em detrimento do ser humano – o que violava a dignidade da pessoa, no caso, do fiador, tendo em vista ser a moradia um dos pilares de sustentação desse que é o expoente dos direitos humanos. O que, por si só, já traduziria a inconstitucionalidade da norma locatícia já naquele momento. Com a Emenda Constitucional nº 26/2000, tal inconstitucionalidade restou ainda mais latente, quando confirmou o direito à moradia como direito fundamental do cidadão.

Ademais, o direito à moradia digna não se limita a um dever do Estado, pois, diante de uma leitura civil-constitucional e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais as relações privadas, os direitos fundamentais devem servir de vetores axiológicos para o desenvolvimento das relações patrimoniais.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 598.

¹⁶ SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 403.

Neste sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

Até mesmo o direito de propriedade – inclusive e especialmente tendo presente o seu conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio – se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa, considerando que a falta de uma moradia decente ou mesmo um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade. Nesse contexto, poder-se-á falar até mesmo de um direito fundamental à aquisição da propriedade por usucapião, isto sem falar no direito à moradia (e, evidentemente, à moradia digna) recentemente introduzido no art. 6º de nossa Constituição, muito embora este último não signifique necessariamente um direito à moradia própria e, portanto, não pode ser identificado (apesar das conexões evidentes) com o direito à propriedade.¹⁷

Por fim, outros autores, como Sílvio de Salvo Venosa,¹⁸ Maria Helena Diniz,¹⁹ Rolf Madaleno²⁰ e Paulo Lobo,²¹ não entram no mérito da controvérsia, mas apontam a posição pacificada pelo STF.

5 Interpretação ampliativa ao conceito de bem de família legal

A Lei nº 8.009/90, em seu primeiro dispositivo, conceitua o bem de família legal como sendo o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, isento de penhora e responsabilidade sobre qualquer 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 as hipóteses previstas na própria lei.

Integram ainda o conceito de bem de família as construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional que guarnecem o respectivo imóvel, desde que quitados por seus proprietários.

Note-se, portanto, que o conceito trazido pela lei é restritivo, uma vez que limita o bem de família à titularidade do casal ou da entidade familiar e ainda impõe

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 107.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada*. Doutrina e prática. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de Imóveis Urbanos comentada: Lei n. 8245/91*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 580-582.

²⁰ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1120.

²¹ LOBO, Paulo. *Contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 427.

a moradia a eles. Porém, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, e igualmente da valorização do ser humano ante o direito de crédito, o conceito de bem de família é ampliado não só pela doutrina, mas também pela própria jurisprudência. A ampliação abarca outras possibilidades não previstas na lei, ou seja, o conceito doutrinário e jurisprudencial é apenas exemplificativo.

Dessa forma, o conceito moderno de bem de família envolve o único imóvel do devedor, esteja ele morando no imóvel ou não, bem como não o restringe ao casal ou à entidade familiar procedente do matrimônio, mas envolve a união estável hétero ou homoafetiva, a comunidade familiar formada por irmãos, tios e sobrinho, avós e netos e até mesmo pessoas solteiras.

Neste sentido é o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, conforme relatado no acórdão que se segue:

AgRg no AREsp 301580 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0047456-0 Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI (1137) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 28/05/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 18/06/2013 Ementa AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DEVEDORES PROPRIETÁRIOS DE DOIS IMÓVEIS. HIPÓTESE DE UM DOS IMÓVEIS DESTINAR A MORADIA DO FILHO. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA QUALIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO. 1.- O Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento no sentido de que a proteção ao bem de família pode ser estendida ao imóvel no qual reside o devedor solteiro e solitário. 2.- Esse entendimento, porém, não se estende à hipótese de mera separação de fato de um dos membros da família, do ponto de vista jurídico, denota a existência de uma família e dois imóveis por ela utilizados como residência e proteger ambos com a impenhorabilidade disposta na Lei n. 8.009/1990 significaria ampliar demasiadamente o âmbito da lei, o que apresenta um risco adicional a facilitar a prática de fraudes. Além disso, a abertura dessa possibilidade de alargamento da impenhorabilidade significaria abertura de oportunidade de criação de incidentes processuais que levariam a mais uma hipótese de eternização do processo de execução. Precedente: REsp 518.711/RO, Relator Ministro ARI PARGENDLER, Relator(a) p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 05/09/2008. 3.- Agravo Regimental improvido.²²

²² STJ, 3ª T. REsp nº 518.711/RO. Rel. Min. Ari Pargendler. Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 5.9.2008 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=solteiro+e+bem+e+familia&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 22 ago. 2018.

Segundo o Tribunal da Cidadania, é ainda impenhorável o único imóvel do devedor, mesmo no caso em que não há utilização para fins de moradia, mas os frutos decorrentes da coisa sejam utilizados para custear despesas familiares do seu titular, como exemplo, a locação de outro imóvel.

REsp 714515/SP RECURSO ESPECIAL 2005/0002209-8 Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 10/11/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 07/12/2009 Ementa PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. PENHORA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. I. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar. II. Recurso especial conhecido e provido.²³

REsp 1616475/PE RECURSO ESPECIAL 2016/0195609-1 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/09/2016 Data da Publicação/Fonte DJe 11/10/2016 Ementa PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL COMERCIAL UTILIZADO PARA O PAGAMENTO DA LOCAÇÃO DE SUA RESIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO COMO BEM DE FAMÍLIA. 1. O STJ pacificou a orientação de que não descaracteriza automaticamente o instituto do bem de família, previsto na Lei 8.009/1990, a constatação de que o grupo familiar não reside no único imóvel de sua propriedade. Precedentes: AgRg no Resp 404.742/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2008 e AgRg no REsp 1.018.814/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28/11/2008. 2. A Segunda Turma também possui entendimento de que o aluguel do único imóvel do casal não o desconfigura como bem de família. Precedente: REsp 855.543/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 03/10/2006. 3. Em outra oportunidade, manifestei o meu entendimento da impossibilidade de penhora de dinheiro aplicado em poupança, por se

²³ STJ, 4ª T. REsp nº 714.515/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 10.11.2009. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27714515%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27714515%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27714515%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27714515%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 22 ago. 2018.

verificar sua vinculação ao financiamento para aquisição de imóvel residencial. 4. Adaptado o julgamento à questão presente, verifico que o Tribunal de origem concluiu estar o imóvel comercial diretamente vinculado ao pagamento da locação do imóvel residencial, tornando-o impenhorável. 5. Recurso Especial não provido.²⁴

Entretanto, a ampliação do conceito, conforme se extrai das jurisprudências citadas, deve ser apurada caso a caso, a fim de que não se prejudique o interesse de credores na execução dos seus créditos.

6 Soluções ao fiador a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90

O objetivo do presente trabalho não é questionar a decisão proferida pelo Pretório Excelso, pois as críticas à posição da Suprema Corte já foram elaboradas tanto pela doutrina como pela jurisprudência dos tribunais inferiores, e ainda pelos próprios ministros vencidos no julgamento condutor do entendimento do STF. Logo, o que se pretende é fornecer alternativas ao fiador que se vê na iminência de perder seu único imóvel residencial para solver dívida de terceiros.

Conforme já relatado, alguns autores se mostram reticentes quanto à possibilidade de a sub-rogação conferida ao fiador atingir o bem de família do afiançado, uma vez que a Lei nº 8.009/90, a princípio, o garante da característica da impenhorabilidade.

Essa questão foi inicialmente debatida entre os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Melo e Marco Aurélio Mello quando do julgamento da questão de fundo no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, sem, todavia, o devido aprofundamento de teses. Assim se manifestou o Min. Celso de Melo:

Ou seja, o fiador sofre, nos termos dessa exceção legal, a incidência do vínculo processual da penhora, mas ele, mesmo solvendo a obrigação do devedor principal (locatário), não pode voltar-se, regressivamente, contra ele, impossibilitado de fazer recair a penhora sobre

²⁴ STJ, 2ª T. REsp nº 1.616.475/PE. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.9.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=residencia+e+bem+e+familia&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=35>. Acesso em: 22 ago. 2018.

o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino inadimplente.²⁵

Em seguida, o Ministro Marco Aurélio Melo questionou os motivos pelos quais o fiador não poderia regressar em face do devedor, quando então o Ministro Sepúlveda Pertence assim respondeu: “ele se sub-roga nos direitos do locador; consequentemente, se o locador não tem ação contra o inquilino, ele também não a terá”,²⁶ encerrando-se o debate.

Todavia, defende-se que o instituto da sub-rogação tem amparo jurídico para ser aplicado no caso em tela e, com isso, possibilitar o ataque do fiador ao bem de família do afiançado.

Note-se que a lei que protege o bem de família do devedor foi elaborada em um momento pós-Constituição de 1988, quando seus princípios ainda estavam sendo estudados, desenvolvidos e timidamente aplicados, ou seja, a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais ainda não era a realidade que é nos dias de hoje, sendo certo que nosso sistema jurídico privado, notadamente após o ano de 2002, criou mecanismos contundentes para afastar e punir o enriquecimento sem causa, e uma das ferramentas para isso é a sub-rogação conferida ao terceiro interessado.

Dentro de uma interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, a vedação ao enriquecimento sem causa é um valor perseguido pelo nosso legislador e encontra-se disciplinado implicitamente em qualquer norma jurídica. Dessa forma, se torna inviável acreditar que existam leis que fomentem o enriquecimento indevido, ou ainda que o deixe isento de sanção.

Segundo Guilherme Peña de Moraes, “a interpretação sistemática leva em conta o caráter sistemático intrínseco à ordem constitucional, por meio do posicionamento da norma a ser interpretada no sistema da qual exsurge, com o estabelecimento de relações de coordenação ou subordinação no ordenamento jurídico”.²⁷

Logo, quando o legislador da Lei do Inquilinato introduziu nas exceções à impenhorabilidade do bem de família o imóvel do fiador, o seu desejo foi proteger o locador, até porque esta é a essência da fiança locatícia, e não prejudicar o fiador, pois esse mesmo legislador era sabedor da sub-rogação conferida ao fiador e da sua posição de mero garantidor do afiançado.

²⁵ STF, Tribunal Pleno. RE nº 407.688-8/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8.2.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 6 set. 2018.

²⁶ STF, 1ª T. RE nº 605.709/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. Rel. Min. p/ Acórdão: Rosa Weber, j. 12.6.2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>. Acesso em: 1º abr. 2019.

²⁷ MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 159.

Observa-se na impossibilidade da penhora do bem de família do afiançado o seu enriquecimento indevido, pois o locatário gozou da posse direta do imóvel locado e não arcou voluntariamente com o pagamento do aluguel a ele correspondente. Assim, ao restringir o campo de atuação da sub-rogação, afastando a possibilidade da penhora sobre o único imóvel desse devedor, o enriquecimento indevido se perpetuaria no tempo, pois se teria uma hipótese de débito sem responsabilidade não prevista em lei, nem oriunda de uma obrigação natural.

Como dito, a teoria do enriquecimento sem causa foi positivada no Código Civil de 2002. Mas, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, parte da doutrina já defendia a vedação ao enriquecimento injustificado como um princípio geral do direito brasileiro. Neste sentido, entendia Agostinho Alvim que “se determinada regra, através dos tempos, vem permanecendo sempre nas legislações em geral, embora este ou aquele sistema seja omissivo, não há dúvida que pode ser considerada como um princípio geral de direito. Exemplo: a condenação do enriquecimento sem causa”.²⁸

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à luz do Código Civil de 1916, inclusive já teve a oportunidade de elevar a vedação ao enriquecimento sem causa ao patamar de garantia constitucional.²⁹ Entretanto, tal entendimento não é pacífico no âmbito do próprio Tribunal, isto porque a Primeira Turma já entendeu em outros momentos que se trata de matéria infraconstitucional não submetida a recurso extraordinário (Ag. em RE nº 239.552). Apesar da divergência, pode-se extrair da controvérsia que, mesmo não positivada no CC/16, a vedação ao enriquecimento sem causa gozava de proteção interpretativa e de aplicabilidade prática.

O enriquecimento sem causa, na visão de Antunes Varella, se traduzia em uma obtenção de vantagem de caráter patrimonial, não importando a forma de que esta vantagem se revestisse.³⁰ Logo, trazendo o conceito para o estudo em

²⁸ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 173, set./out. 1957. p. 47-67.

²⁹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - ATUAÇÃO DO RELATOR - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. A apreciação do pedido formulado no agravo de instrumento é atribuída, consoante o artigo 28 da Lei nº 8.038/90, ao relator. Descabe cogitar de usurpação da competência da Turma, quando, a fim de bem desempenhar o mister, necessita dizer da configuração, ou não, de infringência constitucional, isto para definir o enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea ‘a’ do inciso III do artigo 102 do Diploma Maior. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - CRÉDITO - CORREÇÃO - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. Homenageia o princípio da não-cumulatividade decisão no sentido de considerar-se os créditos pelo valor devidamente corrigido, isso em face da passagem do tempo até a vinda a balha de definição da legitimidade respectiva, por ato da Fazenda do Estado. Descabe falar, na espécie, de transgressão ao princípio da legalidade. O alcance respectivo há de ser perquirido considerando a garantia constitucional implícita vedadora do enriquecimento sem causa” (STF, 2ª T. AI nº 182.458 AgR/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 4.3.1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28182458%2ENUME%2E+OU+182458%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycz7puql>. Acesso em: 23 ago. 2018).

³⁰ VARELA, João de Mattos Antunes. *Obrigações em geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1973. p. 361.

questão, é o que se imagina na hipótese de restrição à penhora do bem de família do locatário, pois, como afirma Pontes de Miranda:

cada pessoa tem o seu patrimônio, que é a soma dos bens da vida, de valor econômico, que lhe pertencem. Se uma pessoa retira, por ato seu ou não, do patrimônio de outra, para o seu, ou para o de terceiro, ou do seu próprio para o de outrem, algum bem da vida, ou parte dele, há de haver justificação para isso, ou o enriquecimento é injustificado.³¹

Com efeito, acredita-se que, estando atualmente positivada no ordenamento jurídico e ainda por ser um princípio geral do direito ou até mesmo uma garantia constitucional, a vedação ao enriquecimento sem causa se insere na sub-rogação e autoriza o fiador a buscar o ressarcimento daquilo que pagou no único imóvel do afiançado, caso este não possua outros meios de satisfazer a prestação. Com efeito, se assim não fosse, o afiançado se beneficiaria da própria torpeza, ou ainda romperia o dever de cooperação que se extrai da boa-fé objetiva, condutas que o ordenamento jurídico brasileiro não tolera.

Carlos Nelson Konder corrobora tal posicionamento quando adverte:

a aplicação jurisprudencial do enriquecimento sem causa não vem se limitando a utilizá-lo supletivamente, como um princípio geral de direito nos termos do art. 4º da LICC. Muitas vezes o princípio vem sendo invocado pela jurisprudência como uma válvula de escape interna ao sistema para situações nas quais a aplicação excessivamente rígida da lei levaria a situações explicitamente injustas.³²

A sub-rogação que se defende não é aquela esvaziada dos princípios que nor-teiam o nosso ordenamento jurídico e que encontraria freios na impenhorabilidade do bem de família do devedor, mas sim aquela que busca manter a paridade e a isonomia entre as partes que se relacionam em ambiente protegido pelo direito e que não suporta o enriquecimento indevido.

³¹ MIRANDA, Francisco Eugênio Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXVI. p. 237, §3.132, nº 1.

³² KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido (art. 876 a 886). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações – Estudo na perspectiva civil-constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 373.

Dessa forma, não se quer estender ao fiador a *actio de in rem verso* cabível para as hipóteses de enriquecimento sem causa, uma vez que há no próprio ordenamento jurídico nacional instrumento apto para a busca da prestação *in natura* que é o instituto da sub-rogação legal, do qual a vedação ao enriquecimento se insere como princípio da ordem jurídica e que encontra guarida no patrimônio do devedor como um todo.

Tanto é verdade que o próprio legislador, no art. 886 do Código Civil, limitou a aplicação direta das regras sobre enriquecimento sem causa, quando presentes em lei e outros instrumentos jurídicos capazes de ressarcir o prejudicado. Logo, no contexto do presente trabalho, a *actio de in rem verso* assume posição subsidiária, tendo em vista a existência do instituto da sub-rogação legal nos contratos de fiança locatícia.

Como bem pontua Agostinho Alvim, o caráter subsidiário da *actio de in rem verso* é tão somente o antídoto que pretende sanar o injustificado acréscimo patrimonial, o que não abrange a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, presente implicitamente em todos os contratos entabulados na forma do ordenamento jurídico nacional.³³

Note-se que a Lei nº 8.009/90, reconhecida como constitucional pelo STF, ao permitir a penhora do bem de família do fiador, teve por finalidade garantir o crédito a que faz jus o locador. Esta mesma garantia ao crédito é da finalidade da sub-rogação, que protege o terceiro interessado que efetua o pagamento de dívida pertencente ao devedor principal. Portanto, dentro de uma relação locatícia, as garantias conferidas ao locador e ao fiador possuem a mesma característica, que é a proteção ao crédito, o que impede interpretações contraditórias.

Judith Martins-Costa, a partir do princípio da equidade, encontra uma finalidade de vedação ao enriquecimento sem causa no instituto da sub-rogação, quando afirma:

As funções desempenhadas pela técnica da sub-rogação se inspiram numa valoração teleológica do papel que o sujeito devedor deve ter, no âmbito da relação, e, bem assim, do papel que outros sujeitos, atingidos por alguns dos efeitos da relação, podem e devem desempenhar, na medida em que os seus interesses também são valorados: se alguém, que não é o devedor, nem age em seu nome e por sua conta, paga a dívida, o ordenamento, por equidade, confere-lhe o direito de substituir o credor satisfeito. [...]

³³ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 173, set./out. 1957. p. 22.

Se assim não fosse, quem pagasse dívida alheia, em certas hipóteses, liberando o devedor, estaria causando o enriquecimento injustificado daquele, que restaria liberto do vínculo, sem ter sofrido o menor sacrifício patrimonial, e causando, concomitantemente, o empobrecimento do que pagara a sua dívida. A justiça, traduzida em equidade, impõe, por isto, a adoção de determinadas técnicas para evitar o efeito do enriquecimento injustificado.³⁴

Isto posto, se a ideia do legislador foi proteger o crédito e ao mesmo tempo fomentar o direito fundamental de moradia por meio da locação, o fiador, que se insere nesse contexto, deve gozar da mesma proteção jurídica do locador, justamente para tornar eficaz o sistema criado a partir da vontade legislativa e jurisprudencial. Pois, conforme já salientado, o esvaziamento do direito à moradia pode surgir a partir do momento em que o fiador, sabedor de que seu único imóvel residencial não goza da proteção do bem de família (e que não possui regresso sobre o bem de família do afiançado), deixará de prestar fiança, o que, conseqüentemente, pode levar a uma diminuição dos contratos locatícios sobre imóveis residenciais.

Ao afastar o entendimento da possibilidade de penhora sobre o bem de família do afiançado por intermédio do instrumento da sub-rogação, há clara e manifesta inconstitucionalidade na exceção proposta pelo art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, não apenas pela violação do direito à moradia do fiador (que acreditamos existir), mas principalmente pela quebra da isonomia constitucional, conforme já defendido por outros autores e ministros do STF, citados neste trabalho.

Como justificar, com base no princípio da isonomia, que o locatário goze da proteção da impenhorabilidade do seu único imóvel residencial com fulcro no direito social de moradia, quando, por outro lado, o garantidor do contrato, que não auferiu qualquer vantagem a partir da celebração contratual, não tenha o mesmo direito? E se não possui o mesmo direito ante o locador, como justificar a existência desse direito ante o locatário que foi quem deu azo a todo o prejuízo sofrido pelo fiador?

Émile Durkheim, defensor do contrato consensual moral, aduzia que, para que esses contratos produzissem efeitos justos, não bastava a manifestação de vontade exarada a partir do consentimento, mas sim que o direito dos contratantes fosse respeitado. Esse respeito, além de outros aspectos, estava atrelado ao preço justo desenvolvido naquele pacto jurídico. Ou seja, quebrada a equidade moral e econômica do contrato, este se mostrava leonino, justamente por favorecer

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord). *Comentários ao novo código civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2003. v. 5. t. I. p. 432-433.

uma das partes em prejuízo da outra. Assim ensinava o autor: “[...] julgamos que a sociedade não é obrigada a fazê-lo respeitar, ou pelo menos não deve fazê-lo respeitar tão integralmente quanto se ele fosse equitativo, pelo próprio fato de que ele não é igualmente respeitável”.³⁵

Assim, o instituto da sub-rogação é o instrumento jurídico capaz de proporcionar essa equidade, esse equilíbrio moral e econômico para o contrato de fiança locatícia, adequando a Lei nº 8.009/90 aos princípios constitucionais vigentes.

Gustavo Tepedino, ao comentar a Lei nº 8.245/91, sustenta que a Lei do Inquilinato, da qual o contrato de fiança gravita, não deve ser interpretada a partir de uma visão unilateral e maniqueísta, principalmente no que concerne aos litígios advindos das obrigações contratuais. O que deve ser observado para a solução dos conflitos de interesses são os valores extrapatrimoniais, como a moradia, a estabilidade da pessoa em seu habitat natural, bem como o equilíbrio proposto pelo legislador ordinário.³⁶ Por mais esta razão, dentro desse contexto, acredita-se que toda a proteção jurídica oriunda da lei do inquilinato conferida tanto ao locador como ao locatário, com a finalidade de se alcançar a função social da propriedade, deve ser estendida ao fiador. Se por um lado a ele não é conferida a proteção ao bem de família, deve ser estendida a sub-rogação ao garantidor com possibilidade de penhora do bem de família do afiançado, pois, como já dito aqui, o locatário se manteve voluntariamente inerte quanto ao seu dever contratual e ao mesmo tempo provocou prejuízos ao fiador, que, por consequência, restou privado de seu único bem imóvel e desguarnecido do direito fundamental de moradia e de seu habitat natural.

Essa quebra do equilíbrio provocada pelo afiançado rompe ainda com dois princípios básicos contratuais que são a boa-fé objetiva e a função social dos contratos.

Segundo a teoria dualista do vínculo jurídico,³⁷ o liame obrigacional é composto pelo débito (*Schuld*) e pela responsabilidade (*Haftung*). O débito é o elemento espiritual da obrigação, é o comportamento que se espera do devedor, e deve ser voltado para a entrega da prestação *in natura* ao credor. Já a responsabilidade atua no campo da sanção, ou seja, é a consequência pelo descumprimento culposamente da obrigação e que recai, salvo no caso da prestação de alimentos, exclusivamente no patrimônio do devedor.³⁸

³⁵ DURKHEIM, Émile. *Lições de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 291.

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 199.

³⁷ A teoria dualista do vínculo jurídico surgiu na Alemanha, na segunda metade do século XIX, desenvolvida por Alois Brinz, em oposição à concepção monista de Savigny, que defendia ser a obrigação constituída por um único elemento, o vínculo jurídico que uniria a prestação e os elementos subjetivos.

³⁸ Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Todavia, a teoria dualista do vínculo jurídico, desde a Constituição da República de 1988, não deve ser interpretada de maneira estanque, em que credor e devedor se encontram em prismas diametralmente opostos e previamente definidos, cada qual com suas atribuições.

A relação jurídica obrigacional, animada pelos deveres anexos da boa-fé objetiva, hodiernamente é vista como um processo obrigacional, ou seja, há um dever de cooperação entre as partes na busca pelo resultado final por elas pretendidas – não se constrói esse mutualismo apenas no sentido de se preservar o interesse particular dos contratantes, mas também pela própria responsabilidade social que este contrato produz.³⁹

A boa-fé como norma de criação de deveres laterais impõe aos sujeitos do contrato o respeito a tais deveres em todas as fases contratuais, independentemente da vontade expressa dos contratantes, ou seja, encontra-se implícito no vínculo jurídico negocial.

Entre esses deveres laterais, estão os deveres de colaboração e de cooperação mútua, que impõem o adequado adimplemento da prestação *in natura*, que não tolera a inércia e a dificuldade no pagamento. Logo, no caso em questão, para se ter a eficácia desses deveres laterais, deve-se instrumentalizar o fiador dos meios capazes de recuperar seu crédito – no presente trabalho, sugere-se a aplicação da interpretação ampliativa do instituto da sub-rogação legal.

Ademais, a fiança é um contrato personalíssimo e está atrelado a outro dever anexo da boa-fé objetiva que é a confiança. O credor confia que, na falta do pagamento realizado pelo devedor, o fiador o fará. Da mesma forma, o fiador que adimpliu com a prestação tem a mesma crença que irá receber o que desembolsou por conta da conduta do devedor que não efetuou o pagamento na data oportuna.

Essa confiança depositada na dogmática desse contrato acessório, com a possibilidade de todos os envolvidos de terem seus interesses tutelados, ou seja, do locador de receber os aluguéis devidos, o locatário de receber a posse do imóvel e o garantidor de ser restituído quanto aos valores que desembolsou, criando-se um ambiente igualitário, é que fornece substrato à decisão do STF, quanto à penhorabilidade do bem de família do fiador.

No que tange à função social dos contratos, defende-se esse princípio no ambiente interno dos contratos. Esta defesa pauta-se na aprovação do Enunciado

³⁹ A obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos. Não seria possível definir a obrigação como ser dinâmico se não existisse separação entre o plano do nascimento e desenvolvimento e o plano do adimplemento. A distância que se manifesta, no mundo do pensamento, entre esses dois atos, e a relação funcional entre eles existentes são o que permite definir-se a obrigação como o fizemos (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. [s.l.]: FGV, [s.d.]. Edição Kindle).

nº 360 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim orienta: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”. Entre as justificativas para a criação do aludido enunciado, está a busca pela igualdade substancial dos negociantes.

Em defesa da função social interna dos contratos, assim se manifestam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves:

Sendo a função social do contrato o cenário para a apresentação solidarista da ordem civil, deverá ela conferir aos próprios contratantes o papel de protagonistas, ao assegurar contratos substancialmente equilibrados em que se atribua a cada um o reconhecimento de igual dignidade.⁴⁰

A função social interna dos contratos desempenha papel fundamental quanto à eficácia do princípio da dignidade humana nas relações contratuais. Observa-se não apenas uma limitação na autonomia da vontade em prol da manutenção da dignidade do sujeito, mas também nos casos em que a consequência contratual é capaz de ferir tal princípio constitucional. Dessa forma, quando o fiador tem restringidas suas possibilidades executórias ante o devedor, culminando na perda da sua moradia, tem-se nessa limitação à violação direta do princípio da dignidade humana, tendo em vista ser a moradia um dos pilares de sustentação de tal princípio, pois permite ao ser humano extrair o necessário ao seu pleno desenvolvimento material, intelectual e espiritual, como concretização da sua personalidade.

Poder-se-ia questionar que, ao defender a execução do bem de família do afiançado, este é que teria a dignidade violada, por restar privado da sua moradia. Contudo, como já exposto anteriormente, foi o afiançado quem deu azo a toda essa celeuma e, portanto, deverá ser ele o responsável por ela. Praticar-se o mesmo raciocínio desenvolvido pelo legislador ao trazer a exceção prevista no art. 3º, II da Lei nº 8.009/90. Se o sujeito contraiu um empréstimo para construir sua moradia e não honrou esse compromisso ante a instituição financeira, não poderá alegar que aquela residência se trata de bem de família, uma vez que foi construída com recursos de terceiros.

Note-se que o art. 832 do Código Civil dispõe que o devedor responde perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar e pelos que sofrer em razão da fiança.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 205.

Quanto a esse dispositivo, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena e Maria Celina Bodin afirmam:

As perdas e danos pagas pelo fiador, em razão da obrigação principal, deverão ser reembolsadas pelo devedor. Desse modo, no primeiro caso, compreendem-se decorrências da obrigação principal, como juros, custas, perdas e danos e quaisquer outras verbas. No segundo, os prejuízos sofridos em razão da fiança. Parte-se do pressuposto de que se o devedor tivesse dado cumprimento à obrigação no tempo e da maneira contratada, o fiador não teria que arcar com quaisquer prejuízos decorrentes do inadimplemento.⁴¹

Portanto, em razão de toda a fundamentação exposta nesse texto, deve-se afastar, nesse caso específico, o argumento de que não se pode conferir interpretação extensiva à norma que restringe direitos e, por outro lado, interpretar extensivamente o instituto da sub-rogação para alcançar o imóvel de moradia do locatário.

6.1 Da qualidade do imóvel do afiançado: bem de família ou não?

Para entender se é possível a penhora do bem de família do afiançado a partir da ideia de enriquecimento sem causa, deve-se apurar se este enriquecimento foi por ele provocado ou não.

A princípio, poder-se-ia defender que a Lei de Locações, ao introduzir o inc. VII no art. 3º da Lei nº 8.009/90, foi o instrumento jurídico que criou o aludido enriquecimento do devedor, uma vez que permitiu tão somente a penhora do bem de família do fiador, nada dispondo quanto ao bem de família do afiançado. Assim sendo, por não ter sido o devedor quem deu causa ao enriquecimento indevido, mas sim a própria lei, não caberia, em tese, a ação reversiva ou, no caso específico, a sub-rogação em face do afiançado.

Dispõe o art. 885 do Código Civil que “a restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.⁴² Por este artigo, percebe-se que o direito de obter a restituição

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II. p. 650.

⁴² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

daquilo que foi indevidamente auferido somente ganha proteção diante de uma inexistência de causa legítima que explique o locupletamento.

Todavia, a causa que, no caso presente, dá origem ao locupletamento indevido não está na lei, mas sim na inércia do devedor que deveria ter arcado com o pagamento dos aluguéis e não o fez, deixando recair tal ônus pecuniário no patrimônio do fiador e que, agora, se vale da escusa do bem de família para não restituir aquilo que foi pago ao credor pelo terceiro interessado.

Poder-se-ia argumentar que, em um empréstimo não quitado pelo devedor, este também se enriquece indevidamente, uma vez que auferiu um acréscimo patrimonial sem a devida contraprestação ao mutuante e, mesmo assim, seu imóvel residencial encontra-se protegido pela Lei nº 8.009/90. No exemplo, o legislador instituidor do bem de família legal entendeu que o direito à moradia deveria prevalecer sobre o direito de crédito, e que a perda pecuniária do mutuante decorre do risco do negócio. Contudo, nessa hipótese, o próprio sistema jurídico cria sanções indiretas a partir do inadimplemento, ou seja, por mais que o devedor impeça a penhora do seu único imóvel residencial e a consequente satisfação pecuniária do credor, aquele poderá sofrer restrições de acesso ao crédito, como exemplo, ter seu nome inscrito nos cadastros de proteção.

Com efeito, as relações locatícias garantidas por fiadores guardam certas peculiaridades que as distinguem de outras relações fundadas tão somente na relação de crédito e débito, e a principal delas é o direito à sub-rogação, cuja finalidade é proteger aquele que de boa-fé se imiscuiu em um contrato sem obter qualquer benefício econômico ou jurídico a partir dele.

Ora, se a essência da lei que versa sobre o bem de família legal é proteger a dignidade da pessoa ante o direito de crédito, não quis a mesma lei, por outro lado, impor ao fiador a qualidade de indigno. Essa qualidade somente poderá ser direcionada ao próprio devedor que voluntariamente não arca com suas obrigações, ou ainda nas demais hipóteses de exceção previstas na Lei nº 8.009/90.

Note-se que as hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família estão todas elas fundadas na boa-fé objetiva e, principalmente, na relação de confiança que se estabelece entre credor e devedor (princípios formadores da dignidade do cidadão) e que repulsa o comportamento contraditório deste último. Percebe-se, por outro lado, tão somente, na alteração legislativa provocada pelo legislador da lei do inquilinato, o ingresso de um terceiro na exceção legal originária, que, frise-se, está à margem do elemento espiritual da obrigação, que é o débito obrigacional (*schuld*).

Logo, não deve esse terceiro suportar uma perda patrimonial da qual não deu azo, até porque, como dito, a finalidade da lei está na prevalência do princípio da

dignidade da pessoa humana ante o crédito, sendo certo ainda que o legislador, ao instituir o inc. VII ao art. 3º da lei, também tinha ciência do instituto da sub-rogação e dos vetores axiológicos que o cercam.

Esse direcionamento está ainda em consonância com a função social interna dos contratos, que atua entre os contratantes e que espera destes a fidelidade aos propósitos instituídos ao fim almejado, bem como o equilíbrio das prestações por meio de trocas econômicas úteis e justas.⁴³

Além disso, dispõe o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, salvo se movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Da redação do dispositivo não se percebe a referência exclusiva ao fiador, pelo contrário. Note-se que, do contrato de fiança, que é acessório ao contrato principal, originam-se duas obrigações a saber: uma voltada ao fiador, de garantir o pagamento ao credor, e outra voltada ao devedor, que deverá ressarcir o fiador se este porventura vier a efetuar o pagamento. Assim sendo, a exceção está direcionada à “obrigação que se extrai do contrato de fiança”, independentemente das partes que o integram. Por essa interpretação também se compreende a penhora do bem de família do devedor a partir da sub-rogação.

Até aqui a fundamentação do presente trabalho se ateve às hipóteses em que o locatário é proprietário de um imóvel com as características de bem de família e que, diante do raciocínio construído, poderá ser penhorado pelo fiador por meio da sub-rogação legal, por mais que o Supremo Tribunal Federal defenda tese em sentido contrário.

Todavia, nem sempre o imóvel próprio do locatário será considerado bem de família, seja pelo critério legal ou por aquele construído pela doutrina e jurisprudência.

Na problematização da questão temos um locatário que possui um imóvel próprio e que não o utiliza para fins de residência, uma vez que reside no imóvel do locador, seja por qual motivo for.

Nessa hipótese, a princípio, o imóvel do locatário não seria considerado bem de família, uma vez que se afasta dos requisitos do art. 5º da Lei nº 8.009/90, que assim dispõe: “Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”.⁴⁴

⁴³ Enunciado nº 22, I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas econômicas úteis e justas”.

⁴⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

Entretanto, como já demonstrado, tanto a doutrina como a jurisprudência, à luz da dignidade da pessoa, fazem uma interpretação ampliativa do conceito de bem de família, desde que respeitados certos requisitos.

O principal requisito que se impõe quando o proprietário não utiliza seu imóvel para fins de residência é que os frutos produzidos por esse imóvel sejam revertidos para o pagamento dos aluguéis do imóvel por ele locado. Dessa forma, compete ao locatário alugar seu único imóvel a um terceiro e, com os frutos civis, arcar com o pagamento dos aluguéis do imóvel em que reside. Portanto, se assim não o faz, o imóvel próprio perde a característica de bem de família e pode inclusive ser arrolado pelo fiador para justificar o benefício de ordem previsto no art. 827 do Código Civil. Se, porventura, o imóvel em questão estiver situado em município distinto daquele em que se desenvolve o contrato de locação, o fiador não poderá alegar o benefício de ordem, mas poderá, pela via da sub-rogação, penhorar o aludido bem, uma vez que não se trata de bem de família.

Observa-se no requisito da substituição pecuniária o comportamento leal e probo do locatário, que poderia utilizar a verba gerada pelo seu imóvel próprio para outros fins, em prejuízo ao fiador, mas, ao contrário, a direciona para o pagamento dos aluguéis do imóvel em que efetivamente reside. Vivenciada essa conduta, toda a fundamentação até aqui desenvolvida para este caso específico cai por terra, pois não haverá inadimplência e muito menos sub-rogação. E mais, amplia-se a proteção legal do próprio bem de família, primeiro porque o bem de família do locatário mantém tal qualidade e, segundo, porque o bem de família do fiador não será constrangido por penhora judicial.

Mas, se tal conduta não for a praticada pelo devedor, segundo orientação do STJ, seu único imóvel não seria considerado bem de família, o que autorizaria a penhora do bem por intermédio do instituto da sub-rogação.

No mesmo sentido, ao deixar seu próprio imóvel inutilizado ou até mesmo abandonado enquanto reside em outro locado, tal imóvel também não será protegido pelas regras do bem de família, por mais que seja o único, até porque desprovido de qualquer função social, podendo inclusive ser objeto de usucapião por terceiros possuidores da coisa.⁴⁵ Neste sentido, está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

⁴⁵ Crucial é entender que a posse de um imóvel por alguém que não seja o proprietário, pelo prazo adequado à obtenção da usucapião, indica que o bem nunca chegou a receber a finalidade voluntária ou legalmente desejada a ele de bem de família. Ou seja, ele era formalmente bem de família, mas não era materialmente bem de família, pois, ao ser abandonado pelo seu titular, fraudou a sua finalidade constitucional de servir como moradia da família, ou, ao menos, como fonte de renda mínima desta família (v.g., aluguel do bem) (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Direitos reais. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 355-356).

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DESOCUPADO. 1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o fato de a entidade familiar não utilizar o único imóvel como residência não o descaracteriza automaticamente, sendo suficiente à proteção legal que seja utilizado em proveito da família, como a locação para garantir a subsistência da entidade familiar. 4. Neste processo, todavia, o único imóvel do devedor encontra-se desocupado e, portanto, não há como conceder a esse a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família, nos termos do art. 1º da Lei 8.009/90, pois não se destina a garantir a moradia familiar ou a subsistência da família. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.⁴⁶

Por outro lado, se o imóvel do afiançado se encontrar na posse de seus familiares a título gratuito, não há a substituição pecuniária caracterizadora da qualidade de bem de família, o que poderia ensejar sua penhora, todavia, por guarnecer pessoas que integram o seio familiar daquele proprietário, o imóvel mantém a qualidade que se extrai da Lei nº 8.009/90.

Nessa situação, teríamos outra hipótese da penhora defendida neste trabalho pela via da sub-rogação legal, em razão dos vetores axiológicos já desenvolvidos aqui, em que a vedação ao enriquecimento sem causa se encontra inserida.

Poder-se-ia argumentar que a dignidade dos familiares do devedor também seria atingida pela autorização de penhora e consequente venda do imóvel em leilão, tendo em vista que estes familiares teriam o direito à moradia atingido pela constrição judicial.

O que não pode ser esquecido, em razão do entendimento do STF, é que o fiador teve seu único imóvel residencial, em razão do disposto no art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90, alienado em leilão e o produto da venda serviu para quitar a dívida locatícia contraída pelo locatário.

Ora, esse fiador, após a venda do seu bem de família, se encontra residindo onde? Será que ele tem recursos suficientes para comprar outro imóvel? Será que

⁴⁶ STJ. 3ª T. REsp nº 1.005.546/SP. Rel. Min. Sidnei Beneti. Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 26.10.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200702657958>. REG. Acesso em: 24 ago. 2018.

ele consegue pagar um aluguel? Todo esse prejuízo deve ser por ele experimentado pelo simples fato de se colocar como fiador? Acredita-se que não por tudo que aqui foi desenvolvido e diante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a penhora do bem de família do afiançado, causador direito de todos os danos causados ao fiador é o único remédio para amenizar tais prejuízos.

7 Conclusão

O presente artigo não tem a pretensão de questionar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de penhora do bem de família do fiador. Neste prisma, o trabalho trouxe à baila os fundamentos jurídicos que levaram o STF a decidir a favor da penhora, bem como os fundamentos doutrinários contrários a tal entendimento.

Partindo-se da possibilidade de penhora do bem de família do fiador, este trabalho tem por finalidade arrolar alternativas para aquele que pretende se colocar como garantidor em um contrato de locação residencial e, a partir dessas alternativas, buscar resguardar seu patrimônio.

Em um primeiro momento, comunga-se do entendimento do Ministro Joaquim Barbosa quando aduz que o fiador pratica um ato oriundo da vontade e, assim sendo, deve assumir as consequências jurídicas desse ato. Portanto, o fiador sabe que poderá ter seu único bem residencial penhorado para fins de pagamento de dívidas do locatário e espontaneamente assume tal risco.

Outrossim, até para que a decisão do STF, que foi no sentido de defesa ao direito à moradia, não tenha um efeito reverso (que seria justamente a supressão desse direito por ausência de fiadores), o presente trabalho procurou, a partir de uma interpretação sistemática e axiológica do instituto da sub-rogação, estender ao fiador a possibilidade de buscar a penhora do bem de família do afiançado, sempre norteando-se pela vedação ao enriquecimento sem causa, pela boa-fé e pela função social interna dos contratos, que consequentemente proporciona equilíbrio econômico e moral às relações jurídicas.

É claro que, se o afiançado não possuir patrimônio suficiente para arcar com a dívida oriunda do inadimplemento contratual, a responsabilidade será exclusiva do fiador, que deverá suportar os ônus de sua escolha.

Todavia, se o locatário tem patrimônio e este está configurado tão somente no bem de família, não haveria lógica jurídica em protegê-lo sob a ótica do princípio da dignidade humana e não fazer o mesmo com o fiador em regresso, ainda mais quando é sabido que o garantidor não auferirá benefícios econômicos a partir do contrato principal, diferentemente do locatário que teve por determinado período o uso e gozo de determinado bem imóvel.

Note-se que o art. 832 do Código Civil dispõe que o devedor responde perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar e pelos que sofrer em razão da fiança.

Com efeito, o fiador, ao perder o seu único imóvel em leilão para um terceiro em razão do inadimplemento gerado pelo devedor, terá de buscar uma nova moradia e, se não tiver recurso financeiro para tanto, deverá, agora, morar “de aluguel”. Ora, quem deu azo a toda esta situação prejudicial foi exatamente o devedor, e, segundo a parte final do art. 832 do Código Civil, deverá o afiançado ressarcir o fiador quanto a este dispêndio mensal.

Ao pensar na hipótese da impossibilidade de penhora do bem de família desse devedor, terá ele, conforme o caso concreto, que assumir a responsabilidade desse fruto civil por determinado período de tempo, o que também é um paliativo tormentoso para o fiador como para o próprio locador desse fiador, diante das incertezas que poderão advir desse ônus criado pela lei.

Em conclusão, defende-se, respeitando-se todos os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários desenvolvidos até então e diante de tudo o que foi exposto, que o melhor caminho a seguir é extensão da penhora ao bem de família do afiançado, pois somente através dessa constrição processual é que se alcançará nessa matéria a plena medida de equidade e justiça.

Referências

- ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 173, set./out. 1957.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de Imóveis Urbanos comentada*. (Lei n. 8245/91). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DURKHEIN, Émile. *Lições de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Direitos reais. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido (art. 876 a 886). *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações – Estudo na perspectiva civil-constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- LOBO, Paulo. *Contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MALUF, Carlos Aberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord). *Comentários ao novo código civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2003. v. 5. t. I.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MIRANDA, Francisco Eugênio Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXVI.
- MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. [s.l.]: FGV, [s.d.]. Edição Kindle.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- TARTUCE, Flavio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. II.
- VARELA, João de Mattos Antunes. *Obrigações em geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada. Doutrina e prática*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MATTOS, Bruno Magalhães de. Da penhora do bem de família do afiançado nos contratos de locação residencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 1, p. 57-88, jan./mar. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.01.003.

Recebido em: 10.09.2020
Aprovado em: 26.04.2021