

PUCSP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

BRUNO CEZAR DE SOUZA TEIXEIRA

**BEM DE FAMÍLIA E GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM CONTRATOS DE
LOCAÇÃO**

São Paulo

2022

Bruno Cezar de Souza Teixeira

**BEM DE FAMÍLIA E GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM CONTRATOS DE
LOCAÇÃO**

**Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Especialista no
Curso de Direito Imobiliário.**

**Orientador: Mestre e Doutor William
Santos Ferreira**

São Paulo

2022

BEM DE FAMÍLIA E GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO

Bruno Cezar de Souza Teixeira¹

RESUMO

Em contratos de locação, na esmagadora maioria dos casos, é simplesmente indispensável o fornecimento de uma garantia razoavelmente idônea para prover um conforto e previsibilidade ao locador de que as parcelas serão adimplidas, e igualmente ao locatário, que recebe várias ofertas do mercado com valores mais atrativos, se consideramos a minoração de riscos envolvida. Aqui, se explorará a garantia locatícia menos onerosa de todas: a garantia fidejussória, mais conhecida como “fiança”. Este instituto é uma das garantias mais utilizadas em todo o território nacional em contratos de baixa e média complexidade. Todavia, especialmente no contrato de locação, se verifica que para a execução dessa garantia o Direito de Família é indiscutivelmente um óbice. Terá por finalidade este artigo deflagar institutos de suma importância e constitucionalmente previstos, pois abarcam, grosso modo, o direito de moradia, a boa-fé contratual e sobretudo a segurança jurídica dos negócios jurídicos.

Palavras-chave: Contratos de locação, garantias, contratos imobiliários e segurança jurídica.

ABSTRACT

In lease contracts, in most cases, it is simply essential to provide a reasonably suitable guarantee to provide comfort and predictability to the lessor that the installments will be paid, and to the lessee, who receives several offers from the market with more attractive values, if we consider the risk mitigation involved. Here, the least costly lease guarantee of all will be explored: the personal guarantee, better known as “guarantee”. This institute is one of the most used guarantees throughout the national territory in low and medium complexity contracts. However, especially in the lease agreement, it is verified that, for the execution of this guarantee, the Family Law is indisputably an obstacle. The purpose of this article will be to trigger institutes of paramount importance and constitutionally provided for, as they cover, broadly, the right to housing, contractual good faith and, above all, the legal security of legal transactions.

Keywords: lease contracts, guarantees, real estate contracts and legal certainty.

¹ Advogado graduado pela Universidade Unigranrio, Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

Naturalmente, a norma que tutela os contratos de locação é a Lei Federal nº 8.245/1991, também conhecida como “Lei do Inquilinato”.

Nela é tutelado de maneira taxativa e expressa, em seu artigo 37º, inciso II, que o contrato de locação pode ser garantido pela fiança, além de existir previsão semelhante no artigo 819 do Código Civil.

Assim como todo negócio jurídico que deve observar todos os pressupostos objetivos e subjetivos, para ser considerado, perfeito, válido e eficaz, semelhante análise deve se ter ao contrato acessório de garantia que é a fiança.

Até porque, por mais que se exteriorize de maneira expressa e inequívoca a manifestação de vontade do garantidor em fornecer uma garantia pessoal, não necessariamente estar-se-ia diante de um direito disponível quando se trata de alguém cujo único ativo é um imóvel, assim configurado como bem de família.

Se de um lado, deve se ter em mente que os contratos devem primar pela boa-fé e a probidade, de outro deve se recordar que estão enraizados no Direito brasileiro, as garantias constitucionais da personalidade humana que, em regra, são inafastáveis.

Tão vorazes são as discussões no Judiciário sobre os institutos que serão aqui examinados, que se olvida, ao que se parece, que no fim, as “regras do jogo” devem ser claras, justamente para se evitar que alguns jurisdicionados sejam prejudicados injustamente em detrimento de outros, sobre um tema que não sai de moda, pois infelizmente não guardava, até pouco tempo, uma conclusão definitiva.

Para corroborar com a elucidação do tema, que em absoluto, não pode ser considerado fácil, paulatinamente se enfrentarão os institutos que ora se gladiam entre si, mas que no final, um deles deve prevalecer.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Garantia Fidejussória e Lei do Inquilinato

A Lei Federal nº 8.245 foi promulgada em 1991, substituindo a então Lei Federal nº 6.649 de 1979, para trazer aos contratos de locação, normas de direito material e direito processual especiais, inobstante existirem outras disposições esparsas no Código Civil e Código de Processo Civil.

Partindo dessa premissa, Sylvio Capanema², por exemplo, enumera quatro objetivos para a Lei do Inquilinato em sua doutrina, mas dentre eles, colaciona-se aqui o terceiro, que parece ter grande relevo considerando o tema aqui versado. Vejamos:

“O terceiro objetivo é o da aceleração da prestação jurisdicional, que antes se arrastava, tornando ainda mais tenso o contencioso emanado da locação. Os procedimentos foram simplificados, eliminando-se etapas inúteis e burocráticas, rompendo-se, com coragem, velhos tabus, que emperravam a prestação jurisdicional, com irreparáveis danos sociais. Não será exagero dizer que, com o advento da Lei nº 8.245, surge um novo Processo Civil, especial para as ações derivadas da locação, muito mais moderno e adequado à realidade forense.”

Isto é, na visão de Sylvio, a Lei do Inquilinato trouxe um verdadeiro arsenal processual, visando, *mui* sucintamente prover a celeridade na resolução de conflitos locatícios.

Tal percepção é muito acertada, e, inclusive, é justo afirmar que esta Lei é dotada de muita eficácia, afinal, as ações locatícias não são muito manejadas perante o Poder Judiciário, e quando são, seus resultados não diferem muito da regra balizada.

Em outras palavras, a Lei “colou”. Parece absurda tal afirmativa, porém muitas Leis, em que pesem estarem vigentes, nem sequer são conhecidas ou ainda aplicadas em território nacional.

A jurisprudência, aliás, teve um papel fundamental para assentar vários pontos controvertidos da Lei do Inquilinato ao longo dos anos, desde a sua concepção, dentre os quais se destaca, a título de exemplo, a exoneração do fiador aos contratos de locação. Tema esse que foi palco de intrigantes discussões que agora, restam encerradas.

Especificamente na Lei no Inquilinato poucos pontos remanescem em discussão, mas no tocante à fiança quando confrontada com o bem de família, parece que o tema não deixa de ser objeto de questionamentos.

Isso porque, nos anos 90, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era que a Lei do Bem de Família “tem incidência imediata, desconstituindo até a penhora já efetivada, texto legal que afasta da execução de imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar”³. Isto é: o bem de família prevalecia.

Já nos anos 2000, o entendimento variava entre, ora a predominância do bem de família ou ora a predominância da fiança. Vejamos alguns trechos de precedentes:

² Pg. 21 Souza, Sylvio Capanema de, 1938- A lei do inquilinato comentada / Sylvio Capanema de Souza. – 8.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

³ (REsp 53.155/SP, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 29/08/1995, DJ 26/10/1998, p. 166)

(...) a lei 8.245/91, ao inserir o inciso VII no art. 3º da Lei 8.009/90, autorizou expressamente a penhora do bem de família para garantir débitos decorrentes de fiança locatícia. Sendo essa a hipótese apreciada, inexistente ilegalidade no v. acórdão recorrido (...)⁴.

(...) sendo proposta a ação na vigência da Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), válida é a penhora que obedece seus termos, retirando do fiador, em contrato locatício, a impenhorabilidade do bem de família(...)⁵.

Pasmem. Duas situações similares com desfechos totalmente diversos sob comandos exarados do mesmo Tribunal.

E a mesma instabilidade entre entendimentos se sucedeu nos anos de 2010 a 2020, em que pese o julgamento do tema 295/STF, consoante precedente exemplificativo abaixo colacionado:

AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE RAZÕES QUE JUSTIFIQUEM A REFORMA DA DECISÃO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. SÚMULA Nº 83 DO STJ. TRIBUNAL LOCAL QUE DECIDIU A QUESTÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NESTA CORTE. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE ANTE A FIANÇA LOCATÍCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Súmula nº 83 do STJ. 2. É legítima a penhora incidente sobre bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. 3. Agravo regimental não provido.⁶

Extrai-se do precedente acima que a fiança triunfou sobre o bem de família.

Enfim, é muito tangível a instabilidade quanto ao entendimento do tema.

Agora, em 2021 e 2022, o tema volta aos holofotes e chegou novamente até o Supremo Tribunal Federal conforme será oportunamente explorado.

2.2 Lei do Bem de Família

A Lei Federal nº 8.009 “Lei do Bem de Família” nasceu no ano de 1990, após a conversão da Medida Provisória nº 143 do mesmo ano, que visava a proteção e o interesse da família.

Vejam os motivos dessa medida provisória, ora, subscrita pelo jurista, então Ministro da Justiça, SAULO RAMOS:

⁴ (REsp 256.103/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2000, DJ 09/10/2000, p. 191)

⁵ (REsp 650.460/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2004, DJ 08/11/2004, p. 290)

⁶ (AgRg no REsp 1364512/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015)

“MENSAGEM Nº 28, DE 1990-CN (nº 215/90, na origem) Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional: Nos termos do artigo 62 da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada deliberação do Congresso Nacional, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça, o texto da Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990, publicado no Diário Oficial da União do dia subseqüente, que "dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família". Brasília, 12 de março de 1990. —José Sarney. E.M. Nº 72 Brasília, 8 de março de 1990. Excelentíssimo Senhor Presidente da República: Tenho a honra de submeter a Vossa Excelência projeto de Medida Provisória que, por motivos sociais de urgência, antecipa revisão do artigo 70 do Código Civil já proposta em projeto de lei por Vossa Excelência enviado ao Congresso Nacional. Trata-se da impenhorabilidade do bem de família, isto é, do imóvel destinado a residência do casal, defesa contra eventuais insucessos financeiros que possam arrastar a família a perda total dos bens, inclusive o teto sob o qual se abriga. Na legislação atual, a proteção somente se efetiva mediante o registro do imóvel para esse fim, o que não tem sido fruído pela maioria das famílias brasileiras quer por desinformação, quer pelas exigências burocráticas dos registros imobiliários. Propõe-se a proteção ex lege, independente de registro, embora seja este conservado para que a família, em tendo mais do que um imóvel, escolha dentre eles qual a ser submetido à impenhorabilidade. Com esta proposta moderniza-se o direito civil brasileiro, tornando-se protegido, contra execuções por dívida, o prédio próprio destinado à residência familiar independentemente do ato voluntário do registro, mas por força de reserva legal. E cuida-se da nova figura constitucional, isto é, da entidade familiar, independentemente do casamento. Claro está que a proteção assim estabelecida é ampla e reclama cuidados especiais da norma que a institui, motivo pelo qual excluem-se da impenhorabilidade os créditos dos trabalhadores no próprio imóvel, as respectivas contribuições previdenciárias, os créditos originários, ou cedidos, constituídos por financiamento da construção ou aquisição do imóvel, imposto predial ou territorial, taxa e contribuições, hipoteca decorrente de garantia real dada em operações de mútuo, ou quando o imóvel tiver sido adquirido com produto de crime ou for objeto de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Exclui-se igualmente o imóvel adquirido maliciosamente como residência em caso de insolvência dos componentes da família ou entidade familiar, estabelecendo-se fórmulas legais para o juiz compor tais situações decorrentes de fraude ou má-fé. Dispõe-se, igualmente, sobre a residência em imóvel rural e sobre os casos em que a família tenha mais de um imóvel considerado como sua residência. Não se esqueceu de tutelar os direitos dos locatários, estendendo-se a proteção de impenhorabilidade dos bens móveis que guarneça a residência locada e que sejam de sua propriedade. Para efeito desta Medida Provisória proposta, considera-se residencial, suscetível da proteção legal, um único imóvel utilizado pelo casal ou entidade familiar para moradia permanente. Neste caso, salvo se a família tiver mais de um imóvel utilizado como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido levado ao registro imobiliário para este fim, permissivo legal que permite a reserva de bem de família por ato voluntário. Com esta proposta, Senhor Presidente, estende-se à toda a população a proteção legal que, hoje, somente os mais ricos ou os que são melhores informados conseguem obter pelo registro voluntário que a maioria dos brasileiros desconhece ou não consegue obter pelos conhecidos embaraços burocráticos do registro especial. Inegável a relevância da matéria. Não se pode igualmente negar a urgência, posto que, em decorrência da inflação e acumulação de juros, centenas de milhares de famílias estão com suas residências ou moradias ameaçadas de execução, ou já em processo executório, para pagar dívidas contraídas no atual sistema financeiro voraz e socialmente injusto, em operações que, por insucesso ou impenhorabilidade, arrastam à ruína todos os bens dos devedores, inclusive o teto que abriga o cônjuge e os filhos. A medida, que apenas vem transformar ex lege a proteção que, hoje, depende de ato cartorial voluntário, beneficiará inquestionavelmente milhões de famílias brasileiras atingidas pelo avalanche de dívidas crescidas geometricamente sob a mais completa das imprevisibilidades. Por ser comando legal que diz respeito a ato processual — penhora — é de ordem pública e aplica-se imediatamente, beneficiando os processos

em andamento e as execuções não concluídas, reservando-se, porém, estes efeitos para a lei que a Medida Provisória for convertida. Registro meus protestos de profundo respeito a Vossa Excelência. — Saulo Ramos. Ministro de Estado da Justiça.”

Suas normas são indiscutivelmente de ordem constitucional, pois, desde sua concepção, visam garantir o Direito à moradia tutelado no artigo 6º, sem obstar a boa-fé.

Tal entendimento se extrai muito facilmente do *caput* do primeiro artigo da Lei em referência que descreve sobre a impenhorabilidade do bem de família:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Se o Direito tutelado é de ordem constitucional, e sobretudo, principiológico/social, o que se pode concluir é que se trata de uma norma de natureza cogente.

Para o Sílvio Venosa⁷, norma cogente ou de ordem pública, tem o seguinte conceito:

“São cogentes as normas que se impõem por si mesmas, ficando excluído qualquer arbítrio individual. São aplicadas ainda que pessoas eventualmente beneficiadas não desejassem delas valer-se.”

Já para Carlos Roberto Gonçalves⁸, norma cogente além de ter um conceito, é subdividida em duas categorias:

“As cogentes, também denominadas de ordem pública ou de imperatividade absoluta, são: a) mandamentais (determinam uma ação); ou b) proibitivas (ordenam uma abstenção). Impõem-se de modo absoluto, não podendo ser derogadas pela vontade dos interessados. Regulam matéria de ordem pública e de bons costumes, entendendo-se como ordem pública o conjunto de normas que regulam os interesses fundamentais do Estado ou que estabelecem, no direito privado, as bases jurídicas da ordem econômica ou social. As normas que compõem o direito de família, o das sucessões e os direitos reais revestem-se dessa característica. Não pode a vontade dos interessados alterar, por exemplo, os requisitos para a adoção (CC, arts. 1.618 e s.) ou para a habilitação ao casamento (art. 1.525), nem dispensar um dos cônjuges dos deveres que o Código Civil impõe a ambos no art. 1.566.”

Aqui, filia-se ao entendimento de que o bem de família é indubitavelmente inafastável ainda que as partes tenham disposto de maneira contrária em um negócio jurídico.

⁷ Direito civil : parte geral / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo : Atlas, 2017. Coleção Direito civil; 1. Pg. 33

⁸ Gonçalves, Carlos Roberto Direito civil, 1 : esquematizado : parte geral : obrigações e contratos / Carlos Roberto Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016. Pg. 78

Excetuam-se, é claro, as hipóteses ventiladas no artigo 3º da Lei do Bem de Família, e considerando o tema em debate, destaca-se o inciso VII, que traz uma ressalva quando se tratar de: “obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Afastar o direito à moradia é tão grave quanto permitir a automutilação. Simplesmente impraticável e sobretudo anti-humano. Com efeito, nenhuma norma deve ser absoluta.

O Superior Tribunal de Justiça também entende que o direito à moradia é cogente, e pode ser arguido a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição.

Colaciona-se um recentíssimo precedente neste sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL, TRABALHADA PELA FAMÍLIA COM ESCOPO DE GARANTIR SUA SUBSISTÊNCIA. IMÓVEL DADO EM GARANTIA DE DÍVIDA. IMPENHORABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 2. VIOLAÇÃO AO ART. 113 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO NÃO VERIFICADO. 3. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. Com efeito, esta Corte Superior entende que "o imóvel que se enquadra como pequena propriedade rural, indispensável à sobrevivência do agricultor e de sua família, é impenhorável, consoante disposto no parágrafo 2º do artigo 4º da Lei n. 8.009/1990, **norma cogente e de ordem pública que tem por escopo a proteção do bem de família, calcado no direito fundamental à moradia**" (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 222.936/SP, Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 26/02/2014), ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária para financiamento da atividade produtiva. 2. Incidem as Súmulas 282 e 356 do STF, na espécie, porquanto ausente o prequestionamento. 2.1. O entendimento jurisprudencial desta Corte é de que se têm como prequestionados os dispositivos legais de forma implícita, ou seja, ainda que não referidos diretamente, quando o acórdão recorrido emite juízo de valor fundamentado acerca da matéria por eles regida, o que não se verifica no caso. 3. Agravo interno improvido.

Nesta senda, qualquer negócio jurídico que desafie norma cogente, fatalmente deverá ser objeto de declaração de nulidade absoluta na forma do artigo 166 VII do Código Civil:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Acrescentam ainda Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón⁹ que a autonomia privada deve sofrer os seguintes condicionamentos:

“a) da Lei — a lei, manifestação maior do poder estatal, interfere no âmbito da autonomia privada, posto sem aniquilá-la, para salvaguardar o bem geral; b) da

⁹ Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, apud Joelma Ticianelli, Limites Objetivos e Subjetivos do Negócio Jurídico na Constituição Federal de 1988, in Direito Civil Constitucional — Caderno 1, org. por Renan Lotufo, p. 41.

Moral — trata-se de uma limitação de ordem subjetiva, com forte carga ético-valorativa; c) da Ordem Pública — também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a observância de princípios superiores, ligados ao Direito, à Política e à Economia.”

Ora, percebe-se que a liberdade não é absoluta e deve observar, ainda que não haja Lei sobre determinada matéria, a moral e a ordem pública.

Assim, haja vistas as considerações acima tecidas, ao que conclui a Lei que tutela o bem de família é complementemente inafastável, mesmo que a parte disponha do direito por vontade própria. Porém, toda norma guarda uma exceção.

Há, contudo, uma grande celeuma instaurada, e uma indagação se faz necessária: E se a parte deliberadamente forneceu essa garantia, ciente de que seu direito é inafastável?

Esta indagação reverbera nos mais diversos tribunais brasileiros, e merece uma especial atenção, conforme se enfrentará oportunamente.

2.3 Questões Controvertidas (Direito de Moraria x Boa-Fé Contratual)

Acima exploraram-se alguns aspectos da Lei do Inquilinato e a Lei do Bem de Família essenciais para o enfrentamento do tema. Contudo, indaga-se: o que acontece quando as duas normas se colidem?

De um lado temos o instituto da fiança, que é uma garantia oferecida volitivamente pelo garantidor, tutelada especificamente na Lei no Inquilinato.

De outro, temos a Lei do Bem de Família que dispõe claramente que são impenhoráveis os bens nele elencados.

Ocorre que, não raramente, o fiador apenas detém um imóvel como ativo, que é um bem de família.

Em realidade, são muito frequentes as situações concretas em que o fiador tem pleno conhecimento que não possui patrimônio, à exceção de seu imóvel que é impenhorável, e mesmo assim, o oferece em garantia.

Contudo, em todas as relações contratuais, e não apenas as locatícias, observar-se-ão as normas de boa-fé, assim prevista no artigo 422 do Código Civil, e todos os seus respectivos desdobramentos principiológicos.

Sylvio Capanema¹⁰ explica que “o princípio da boa-fé passou a ser um dever jurídico, regra obrigatória de conduta, e não mais uma simples exortação ética feita aos contratantes”.

Frise-se: um dever.

Especificamente para a situação hipoteticamente reportada acima, dentre os desdobramentos da boa-fé contratual, merece especial destaque o *venire contra factum proprium*.

Isso porque, no ordenamento jurídico pátrio, é vedado o odioso comportamento contraditório, balizado igualmente no artigo 110 do Código Civil que veda a reserva mental na manifestação da vontade.

Nas palavras de Judith Martins Costa¹¹ em Comentários ao Código Civil:

“A boa-fé objetiva impõe às partes que ajam de forma leal e em respeito à confiança suscitada pelo próprio comportamento nas respectivas relações jurídicas. A aplicação do princípio reclama sua constante concretização, de modo a tornar efetivas as exigências de lealdade e confiança que o embasam.”

Ora, a Judith tem total razão quando assevera que os negócios jurídicos devem partir de uma relação de confiança. Do contrário, cancelar-se-ia um retrocesso jus-filosófico.

Outrossim, sobre o *venire contra factum proprium* o ilustre doutrinador Flávio Tartuce¹² traz relevantes ensinamentos:

“Pela máxima *venire contra factum proprium non potest*, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva, depositada quando da formação do contrato. O conceito mantém relação com a tese dos atos próprios, muito bem explorada no Direito Espanhol por Luis Díez-Picazo. Para Anderson Schreiber, que desenvolveu trabalho específico sobre o tema, podem ser apontados quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: a) um fato próprio, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; d) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição (A proibição..., Tutela..., 2005, p. 124)”

Veja que Flávio ao citar Anderson Schreiber descreve que o *venire contra factum proprium*, para se considerar configurado, deve preencher alguns requisitos, que inclusive se encaixam perfeitamente na situação hipotética aqui ventilada.

¹⁰ Souza, Sylvio Capanema de A lei do inquilinato comentada: artigo por artigo / Sylvio Capanema de Souza. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Pg. 109

¹¹ Martins Costa, Judith, A Boa-Fé No Direito Privado: critério para sua aplicação, 2. Ed., São Paulo, Saraiva: Educação, 2018, Pg. 42-46

¹² Tartuce, Flávio, Direito Civil Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, livro 3, 12ª edição, Ed. Forense, p. 146

Não se olvide ainda que o enunciado 362 aprovado na IV Jornada de Direito Civil traz a seguinte contribuição sobre o tema: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”.

Ora, é de se constatar que nosso ordenamento jurídico não tolera que um garantidor argua a impenhorabilidade do bem de família quando esse sabia que não tinha patrimônio para fazer frente à eventual execução da dívida, e mesmo assim, pactuou uma fiança locatícia, se tratando de uma notória exceção à impenhorabilidade do bem de família.

O odioso comportamento contraditório precisa ser rechaçado, ainda que estejamos diante de uma norma cogente.

A assertiva retro é inclusive lastreada em alguns recentíssimos julgados de lavra do Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos um deles:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ACORDO JUDICIAL. GARANTIA. PAGAMENTO. REEXAME FÁTICO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. VEDAÇÃO. 1. Acórdão impugnado pelo recurso especial publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. É válida a transação homologada pelo Juízo, nos autos da execução, em que o devedor assume o compromisso de vender o bem de família para quitar a dívida em debate, **configurando comportamento contraditório a posterior alegação de que o imóvel estaria protegido pela impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/1990.** 3. Na espécie, rever os termos do acordo e seus significados exigiria exceder os fundamentos do acórdão impugnado e adentrar no exame das provas dos autos, procedimentos vedados pela Súmula nº 7/STJ. 4. Agravo interno não provido.¹³

Contudo, para alguns juristas, seria dever do locador investigar o patrimônio do fiador, de modo a evitar esse tipo de situação.

Luiz Antonio Scavone Junior¹⁴ descreve em sua doutrina que tal investigação é uma praxe do mercado:

“Também é bastante comum que o corretor de imóveis obtenha documentos visando à confirmação da idoneidade do locatário e do fiador, como, por exemplo, com a emissão de certidões de distribuidores forenses, de tabelionato de protesto e de certidão de registro imobiliário atestando que, especialmente o fiador, é proprietário de bem imóvel. Tais despesas devem ser custeadas exclusivamente pelo locador, considerando que é ele o único beneficiário da emissão de tais documentos.”

Todavia, respeitado o posicionamento contrário, entende-se que o racional deve ser inverso. Investigar o patrimônio do fiador é recomendável, porém jamais pode ser

¹³ (AgInt no AREsp 1886576/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/11/2021, DJe 03/12/2021) (grifou-se)

¹⁴ Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência / Adriana Marchesini dos Reis... [et. al.]; organização Luiz Antonio Scavone Junior, Tatiana Bonatti Peres. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 63

considerada uma obrigação, sob pena de tornar demasiadamente onerosa uma garantia que foi idealizada para ser simples e sobretudo fincada na confiança mútua.

Sobre natureza de confiança das partes na fiança, leciona Sylvio¹⁵:

“Sendo a fiança contrato eminentemente pessoal, e que se funda na estreita confiança entre o fiador e o afiançado, parece-nos que o fiador, em face da sub-rogação, poderá se exonerar. Não pode o fiador ser obrigado a garantir outras pessoas, cujo patrimônio, muitas vezes, não é tão sólido ou confiável, quanto o do afiançado.”

A obrigatoriedade de investigar o patrimônio do fiador apenas milita em prol do perecimento do instituto da garantia fidejussória, pois, na prática, a torna inviável para alguns menos favorecidos.

Em suma, jamais pode se prestigiar o comportamento contraditório e de má-fé de umas das partes, que estabelecem entre si mutuas obrigações, por meio de um negócio jurídico.

Situação semelhante ocorre com a hipoteca em detrimento do bem de família, que é objeto de severas críticas pelo doutrinador Fredie Didier Jr.¹⁶:

“A impenhorabilidade é um direito do executado, **que pode ser renunciado se o bem impenhorável for disponível**. Se a impenhorabilidade é disponível, não pode ser considerada como regra de ordem pública. Considerar uma regra como de ordem pública e, ao mesmo tempo, renunciável, é pensamento que contraria a lógica jurídica. Alguns exemplos podem ser úteis para a correta compreensão do tema. a) Bem imóvel de família é, como se sabe, impenhorável. Imagine a hipótese de um bem imóvel de pessoas casadas. De acordo com o art. 1.647 do Código Civil, um cônjuge somente pode alienar bem imóvel com a autorização do outro. Imagine, ainda, que os cônjuges têm uma dívida e querem pagá-la. Como bons devedores, pretendem desfazer-se do seu patrimônio para pagar a sua dívida, readequando o seu padrão de vida. Ambos têm o direito de alienar o imóvel e, com o dinheiro arrecadado, adimplir a obrigação; ambos podem, inclusive, doar o imóvel. Não há como impedi-los de fazer isso, eis que manifestação legítima do seu direito de liberdade. **Assim, por que não poderiam, uma vez demandados pela dívida, aceitar a penhora sobre o imóvel, que terminará com a alienação judicial do bem? Repita-se a pergunta: se alienável extrajudicialmente, por que não alienável judicialmente?** 52 **Se o bem de família pode ser hipotecado - e, portanto, objeto de um negócio jurídico que define previamente o bem a ser penhorado em caso de futura execução, como considerar a sua impenhorabilidade irrenunciável?** Tanto mais se justifica a pergunta, quando se vê, no CPC, a possibilidade de o executado pedir a substituição do bem penhorado por um imóvel, apresentando, de logo, a anuência expressa do respectivo cônjuge (art. 847, § 3º, CPC), hipótese examinada mais à frente, no item sobre a substituição do bem penhorado. Injustificável, assim, o posicionamento da 1ª T. do STJ, exposto no AgRg no REs p n. 813.546/DF, relator p/ Acórdão Min. Luiz Fux, j. em 10.04.2007, publicado no DJ de 04.06.2007, p. 314: "1. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009 /90, máxime por tratar-

¹⁵ Souza, Sylvio Capanema de, 1938- A lei do inquilinato comentada / Sylvio Capanema de Souza. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012. Pg. 133

¹⁶ Didier Jr., Fredie Curso de direito processual civil: execução / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. (grifou-se)

se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ". Nessa esteira, STJ, 4ª T., Resp. n. 875687 / RS, rei. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.08.2011, publicado no DJ de 22.08.2011. Incorreta também a postura do TST, cuja SDI-2, nos autos do RO n. 83100-48.2007.512.000, reconheceu a impenhorabilidade de bem imóvel de família que fora espontaneamente oferecido em hipoteca para garantia de empréstimo, por ser benefício irrenunciável e decorrente de norma de ordem pública. (...) Nos direitos reais de garantia (hipoteca, penhor, anticrese, alienação fiduciária em garantia), as partes decidem individualizar, previamente, um bem, para responder por futura execução. Esses negócios jurídicos produzem importantes efeitos processuais: executado o crédito, a penhora deverá recair primeiramente no bem dado em garantia, o que torna os demais bens impenhoráveis, até que se demonstre que o bem dado em garantia não poderá responder satisfatoriamente à execução (art. 835, § 3º, CPC). Note, ainda, que, na hipoteca, pode (e costuma ser) ser dado em garantia bem imóvel de moradia, que é impenhorável - não por acaso, essa impenhorabilidade **não pode ser oposta ao credor hipotecário** (art. 3º, V, Lei 8.009 /1990)."

Percebe-se claramente a irresignação de Fredie quando um credor fica obstado a penhorar um bem de família, mesmo que esse tenha sido oferecido em garantia de forma volitiva pelo devedor.

Essa irresignação é de todo muito coerente. Afinal, se é possível alienar o bem de família, por meio de doação, ou ainda dar o bem em garantia, então por que esse ainda estaria encoberto pelo véu da inalienabilidade?

Ainda que por analogia, esse é o tema que se discute no Supremo Tribunal Federal que se explorará a seguir.

2.4 Tema nº 1127 do Supremo Tribunal Federal

Como restou demonstrado, a fiança e o bem de família são institutos que se conflitam entre si, e o Judiciário vem proferindo sucessivas decisões contraditórias que causam inevitavelmente uma grande insegurança jurídica.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal afetou este tema em sede de repercussão geral sob o nº 1127 que traz a seguinte proposta de análise:

“CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. DISTINGUISHING EM RELAÇÃO AO TEMA 295 DA REPERCUSSÃO GERAL. LEI Nº 8.009/1990, ART. 3º, VII. CF/88, ARTS. 1º, III, 6º e 226. Saber se é constitucional a penhora de bem de família de fiador dado em garantia de contrato de locação de imóvel comercial.”

Inicialmente, foi prolatado acórdão que negou provimento ao recurso e entendeu válida a constrição do bem de família do fiador em locação comercial aos fundamentos de que:

“a) "não se desconhece a posição adotada pelo STF no RE 605.709/SP, no sentido da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação não residencial, privilegiando o direito à moradia. Contudo, cuida-se de posição isolada, sem caráter vinculante, de forma que a matéria deve ser analisada à luz do art. 3º, VI, Lei nº 8.009/90"; b) "a lei não faz distinção entre a locação residencial ou não residencial"; e c) "o STJ pacificou a matéria. Enuncia a Súmula 549: é válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação".”

Face ao acórdão, foram opostos embargos de divergência em que se aduziu, grosso modo, que houve ofensa às normas constitucionais.

O julgamento dos embargos de divergência foi iniciado em 12 de agosto de 2021, e teve o seguinte resultado parcial:

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese (tema 1.127 da repercussão geral): "É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial", no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Nunes Marques e Dias Toffoli; e do voto do Ministro Edson Fachin, que dava provimento ao recurso extraordinário para declarar a impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação não residencial, propondo a seguinte tese: "É impenhorável o bem de família do fiador de contrato de locação não residencial", no que foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 12.08.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

No dia 8 de março de 2022, finalmente o julgamento foi finalizado, em que prevaleceu a tese do Relator Alexandre de Moraes no sentido de que “É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial”.

Colhe-se do voto importantes passagens, como a lembrança de que o Direito de moradia passou a ser constitucional em função da emenda 26 de 14 de fevereiro de 2002, que o bem de família poderia ser pactuado de maneira privada por meio de Código Civil, e de maneira obrigatória, conforme Lei do Bem de Família.

Contudo, excepciona que a própria Lei do Bem de Família faz uma ressalva para a impenhorabilidade em seu artigo 3º, dentre os quais, deu destaque ao inciso VII, já esmiuçado no capítulo anterior.

Recapitula o julgamento do RE 407.688, em que restou decidido pela compatibilidade do artigo 3º da Lei do Bem de Família com o artigo 6º da Constituição Federal.

Deu ênfase também ao julgamento do RE 612360 (Tema 295), em que o Tribunal Pleno do STF fixou tese no sentido de que é constitucional a penhora do bem de família oferecido em fiança de contrato de locação residencial (e não comercial):

“É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000”.

E arremata sobretudo que, em atenção ao princípio da isonomia, não se poderia arbitrar distinção entre a locação residencial e comercial. Ambas merecem o mesmo tratamento do que restou decidido no tema 295 do STF.

De mais a mais, em atenção a tudo o que restou aqui exposto, filia-se ao entendimento do Ministro Relator Alexandre de Moraes, que foi louvável, respeitado o entendimento da divergência.

Pois, ainda que assim não fosse, no final, a sociedade ganharia de todo modo, pois finalmente ocorreu consenso sobre o tema, o que traz segurança jurídica aos jurisdicionados.

E mais. Se fosse considerada vencedora a tese divergente, no sentido de que o bem de família seria inalienável, mesmo sendo o único ativo que o Fiador volitivamente ofereceu, seria inexorável constatar que o contrato de locação não teria mais garantia.

Inexistindo garantia, importante deixar claro que, poderiam vários locadores notificar os respectivos locatários para substituí-las, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se ao despejo, na forma do artigo 40 da Lei do Inquilinato.

Seja como for, o resultado deste julgamento trará relevante benefício à sociedade, pois a resolução desse impasse, há muito, precisava de uma definição.

3 CONCLUSÃO

Pelo que restou exposto, perfilha-se do entendimento de que não se pode arguir a impenhorabilidade do bem de família quando houver fornecimento de garantia fidejussória com plena ciência da referida proteção legal, vez que esbarra no *venire contra factum proprium* e no artigo 3º VII da Lei nº 8.009/1990.

Acontece que este tema, em que pese ser vítima de sucessivas decisões contraditórias ao longo dos anos, foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repressão geral, sob o nº 1127 no âmbito do recurso extraordinário nº 1307334, mediante a

seguinte tese: “É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial”

Para o futuro, remanesce a expectativa de que os aplicadores do Direito sopesem os pontos aqui abordados, e em especial, a boa-fé contratual.

BIBLIOGRAFIA

CHALHUB, Melhim Namem, Alienação fiduciária: Negócio fiduciário / Melhim Namem Chalhub. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie Curso de direito processual civil: execução / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil : parte geral . – 17. ed. – São Paulo : Atlas, 2017. Coleção Direito civil; 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil, 1 : esquematizado : parte geral : obrigações e contratos / Carlos Roberto Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

SCAVONE JR., Luiz Antonio, PERES, Tatiana Bonatti e DOS REIS, Adriana Marchesini. Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência /. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DÍEZ-PICAZO, Luis e GULLÓN, Antonio, apud Joelma Ticianelli, Limites Objetivos e Subjetivos do Negócio Jurídico na Constituição Federal de 1988, in Direito Civil Constitucional - Caderno 1, org. por Renan Lotufo.

MARTINS COSTA, Judith, A Boa-Fé No Direito Privado: critério para sua aplicação, 2. Ed., São Paulo, Saraiva: Educação, 2018.

SOUZA, Sylvio Capanema de A lei do inquilinato comentada: artigo por artigo / Sylvio Capanema de Souza. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUZA, Sylvio Capanema de, 1938- A lei do inquilinato comentada / Sylvio Capanema de Souza. – 8.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio, Direito Civil Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, livro 3, 12^a edição, Ed. Forense.