



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO BRASIL – IAB

Comissão de Direito Constitucional

Indicação 053/2021

Gabriel Dolabela Raemy Rangel¹

EMENTA: FIADOR – PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL- PROPRIEDADE – REPERCUSSÃO GERAL n° 1127 – PONDERAÇÃO – DIREITO À MORADIA

Palavras-chave: Repercussão Geral n° 1127. Bem de Família. Fiador. Penhora. Locação não-residencial.

1.DA HIPÓTESE

Trata-se de indicação proposta pelo ilustre doutor Carlos Gabriel Feijó, acerca da possibilidade de penhora de bem de família do fiador, em hipóteses de dívidas decorrentes de locações não residenciais. Trata-se de assunto objeto do TEMA 1127, de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 1.307.334/SP, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do TEMA 295 — também em sede de repercussão geral — firmou a tese de que é constitucional a penhora do bem de família pertencente ao fiador em “contrato de locação”, havendo segundo a Corte uma

¹ Doutor em Ciências Sociais e Jurídicas pela UFF, mestre em Direito pela UGF, pós-graduado em *Litigation* pela FGV, professor de Direito Constitucional da UCAM e advogado do escritório Rogerio Domingues Advogados.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

compatibilidade da exceção prevista no artigo 3º, VII, da Lei 8009/90 com o artigo 6º, da Constituição da República. Esse mesmo assunto foi apreciado em 2019, pelo Superior Tribunal de Justiça, no TEMA 708, cuja relatoria coube ao ministro Luis Felipe Salomão, tendo se chegado à mesma conclusão.

Sucedee que paira ainda dúvida sobre a possibilidade da penhora do bem de família do fiador quando a locação é comercial, sendo feita uma espécie de *distinguishing* em relação ao tema que já recebeu uma pá de cal em nossa Corte Suprema, já que os casos usados como paradigma naquela oportunidade restringiram-se às locações residenciais. Assim, nas linhas que se seguem, tentar-se-á analisar em especial o aspecto constitucional da questão, fazendo a sua interface com o direito civil, a fim de se chegar a uma orientação.

2.DO BEM DE FAMÍLIA

A redação original do projeto de Código Civil de 1916 não enfrentou a questão do bem de família, malgrado em 1912 nos debates sobre o projeto no Congresso Nacional, a Comissão Especial do Senado tenha inserido a sua disciplina que importou nos artigos 70 a 73 do aludido diploma, em sua Parte Geral.² No entanto, como destaca o professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama, da maneira como foi estruturado o bem de família no antigo código pouco foram atendidas as famílias brasileiras que, a grosso modo, não tinham imóveis e, mesmo aqueles que tinham imóveis, não mostravam interesse em se valer do instituto diante da inadequada regulamentação³

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 6: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 388.

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 542.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

Coube à Lei 8009/90 trazer contornos de maior serventia ao instituto por tratar do bem de família legal e involuntário (aquele que se dá independente da vontade), mantendo-se em vigor o bem de família voluntário previsto no Código Civil de 1916, instituído através de escritura pública pela entidade familiar ou por testamento.⁴ O Código Civil de 2002 deslocou o tratamento do bem de família da disciplina reservada aos bens para a disciplina do direito de família, demonstrando a perspectiva de visão da sociedade em relação à proteção pretendida e, ainda, a hierarquia dos valores sociais vigentes em cada período da história.

Sem mergulhar nas diversas regras que rodeiam o instituto do bem de família, merece nesta oportunidade serem voltados todos os holofotes à regra da impenhorabilidade. Com efeito, essa regra decorre de uma vontade do próprio Estado que, através de seu Poder de Império, impõe ao particular, a fim de salvaguardar a família, a impenhorabilidade de seu único bem imóvel.⁵ É almejado com tal regra uma proteção da moradia da família e, como consequência lógica, a preservação da dignidade humana. Frise-se que o direito de propriedade, desde a gênese dos direitos fundamentais, é protegido como conteúdo essencial da dignidade, alcançando, nos dias de hoje, ainda, um caráter extrapatrimonial, devendo inclusive cumprir a sua função social, na lida de se preservar interesses da coletividade.

É bem verdade que existem alguns mitos acerca da ideia de função social da propriedade. Não raras as vezes, diante do conteúdo ideológico sugerido pela expressão alguns enxergam uma ameaça de negação à propriedade privada ou ao próprio sistema capitalista.⁶ Mas o que se tem no conceito, em verdade, é o reconhecimento da existência

⁴ Merece transcrição o artigo 1º da Lei 8009/90: “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.”

⁵ BREITMAN, Nei. *Algumas considerações sobre a (im)penhorabilidade do bem de família: evolução do instituto*. Revista Síntese: Direito de Família, v. 14, n. 74, p. 121

⁶ SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p. 159-182, 2000.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

de interesses supraindividuais, de caráter existencial, passíveis de serem ofendidos por um irresponsável exercício do domínio. Como consequência lógica, a propriedade, para além de uma garantia absoluta de seu titular, deve respeitar o meio-ambiente, o bem-estar de trabalhadores, os direitos da vizinhança, a saúde pública etc.⁷

De volta ao bem de família — que é o que ora tem serventia — é de se observar que a jurisprudência nas últimas décadas firmou diversos entendimentos de relevância a fim de preencher lacunas e imperfeições da lei quanto ao tema. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que mesmo o imóvel de alto padrão de luxo merece a proteção da impenhorabilidade, se for o único bem destinado à moradia.⁸ Outro exemplo é a consagração de que a impenhorabilidade do bem de família não pode ser oposta ao credor de pensão alimentícia.⁹ Também o entendimento de que é impenhorável o único imóvel residencial alugado a terceiros, desde que a renda seja revertida para a moradia da família.¹⁰ Ou, ainda, a previsão de que a proteção do bem de família abrange imóveis de pessoas solteiras.¹¹

Portanto o que se tem é a elaboração de um mosaico de posições do Poder Judiciário cunhadas para socorrer casos concretos não ventilados pelo legislador. A questão posta neste parecer parece seguir o mesmo movimento.

3. POSSIBILIDADE DE *DISTINGUISHING*

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. In Revista de Direito Mercantil n° 63, pp. 71-79

⁸ Recurso Especial n° 1726733/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze.

⁹ Recurso Especial n° 1305090/MT, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Boas Cueva.

¹⁰ Súmula 486, do Superior Tribunal de Justiça.

¹¹ Súmula 364, do Superior Tribunal de Justiça.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

Mergulhando especificamente no tema objeto do parecer é de se questionar se seria possível estabelecer um tratamento diferenciado em relação aos fiadores de locações comerciais e os de locações residenciais. Isto é, apesar de o STF ter decidido que é possível a penhora do fiador em locações residenciais, seria possível um tratamento diferenciado em se tratando de locação comercial? A resposta nos parece ser afirmativa. Trata-se de hipótese de *distinguishing* em que as premissas fáticas permitem, ao menos hipoteticamente, a tomada de conclusões diferentes¹².

Por ocasião do julgamento do TEMA 295, um dos fortes argumentos utilizados pelo STF para decidir pela possibilidade da penhora do bem de família do fiador foi o direito à moradia do locatário. O fato de estar em jogo fiança em contrato de locação residencial subsidiou a conclusão apresentada pelo Min. Cezar Peluso, relator do recurso extraordinário paradigma 407.688/SP. Encarou-se ali uma colisão entre o direito à moradia do fiador e o direito à moradia do locatário, ou seja, direitos de uma mesma matriz.

Já na presente hipótese, o fato de o contrato de locação ser comercial, afasta um possível direito de moradia de locatário, entrando em conflito direitos de matrizes distintas. De um lado o direito de moradia do fiador e, de outra ponta, a livre iniciativa privada dos agentes contratantes. Assim, como parciais conclusões, tem-se que é possível uma distinção.

4. DA PONDERAÇÃO NECESSÁRIA

¹² Hoje o Código de Processo Civil traz expressamente no seu artigo 489, VI, a possibilidade de não se aplicar precedentes por força da distinção das premissas.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

Partindo da premissa de que a Constituição da República forma uma unidade e de que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, nas hipóteses de colisão entre eles, socorre-se na Teoria da Ponderação¹³. É que não existem direitos fundamentais absolutos, pois eventualmente encontrarão limites em outros direitos fundamentais. Nem mesmo o direito à vida é absoluto, podendo ser relativizado.¹⁴ A colisão entre normas constitucionais está longe de ser algo incomum, sobretudo em cenários de constituições extensas e dotadas de linguagem aberta. Como bem destacam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, “a extensão da Constituição amplia a possibilidade de conflitos, pois quanto mais normas existem, maior a possibilidade de que haja tensão entre elas”.¹⁵

Costuma-se atribuir a Teoria da Ponderação sobretudo ao alemão Robert Alexy¹⁶, tendo o tema ganhado contornos mais específicos à experiência brasileira nas últimas décadas. Conceito interessante é trazido por Ana Paula de Barcellos, para quem a ponderação é técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais¹⁷

Luis Roberto Barroso¹⁸ é outro que tem se dedicado ao assunto. Segundo o professor, a ponderação abrangeria três fases. Em um primeiro momento, o aplicador do direito identifica as normas relevantes para o caso e os conflitos entre elas. Em uma segunda fase, são ventilados os fatos e as peculiaridades do caso concreto. E, por último, o intérprete, valendo-se da proporcionalidade e da razoabilidade, deve apurar os pesos

¹³ É de se chamar a atenção de que alguns autores negam a possibilidade de colisão, adotando uma linha conhecida como “categorização”. Por essa linha de pensamento, o âmbito de incidência de cada norma constitucional é definido à luz de todas as demais, de forma a evitar a colisão.

¹⁴ Já tivemos a oportunidade de escrever sobre o tema: RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *Uma Introdução ao Direito Constitucional Brasileiro*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2016, p. 129.

¹⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2014, p. 495.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdes. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

¹⁷ DE BARCELLOS, Ana Paula. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. 1ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2004

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2013.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

que devem ser atribuídos aos vários elementos em disputa, estabelecendo a intensidade às normas que prevalecem.

In casu, o primeiro direito que merece atenção é o direito fundamental à moradia do fiador. Trata-se de direito fundamental positivado expressamente na Constituição por ocasião da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, que incluiu o direito de habitação no rol de direitos sociais do artigo 6º, como reflexo de valores já reconhecidos pelo Estado brasileiro no pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais.¹⁹

Em sua acepção positiva, o direito à moradia importa em uma obrigação do Poder Público de implementar políticas habitacionais de interesse social, além de valer-se de mecanismos para assegurar a proteção de um patrimônio mínimo para uma vida digna. Somado a isso, diante do problema habitacional do país também se percorre muito hodiernamente na questão da qualidade da moradia. Não basta que haja moradia, mas ela precisa ser adequada. Por exemplo, o grande número de favelas e os eventos da natureza colocam as pessoas que ali residem em risco de vida, necessitando de mudanças efetivas direcionadas à resolução do problema da infraestrutura.²⁰

Já no viés negativo, o direito à moradia é um verdadeiro direito de defesa, no sentido de que a pessoa não seja privada de sua moradia digna por ato do Estado ou de particulares.²¹ É fundamental, em suma, uma abstenção de atos que ofendam a moradia da pessoa e de sua família, retirando a sua dignidade. Nesse aspecto, merece frisar que há muito já se admite uma aplicação horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a sua

¹⁹ Estabelece o artigo 11: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.”

²⁰ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. *O direito à moradia versus Políticas Públicas voltadas à habitação*. Revista Direito Makenzie, v. 9, n 2, p. 28-44.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 903



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

incidência direta em relações entre particulares.²² Portanto, é essa perspectiva que nos interessa.

No caso sob análise, em colisão com o direito à moradia encontram-se direitos patrimoniais ligados à tutela econômica, aos contratos e à livre iniciativa na exploração de atividades através da locação comercial, extraídos basicamente do artigo 1º, IV, e artigo 170, da Constituição da República. Trata-se basicamente da busca legítima por satisfação de um crédito decorrente da locação comercial contra a pessoa que voluntariamente submeteu-se a ser fiadora.

No embate nada simples entre essas duas pontas, deve-se avaliar a adequação da medida (penhora do único imóvel da família), a sua necessidade e a sua proporcionalidade.²³ Nessa esteira, em que pese ser a penhora do bem de família uma medida adequada para satisfação do credor, tal atitude pode ser desnecessária em havendo outros bens a serem penhorados e se mostra desproporcional.

Como bem ensinam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, a ideia de proporcionalidade impõe que “a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto”²⁴ Funciona o princípio da proporcionalidade, pois, como uma análise de custo/benefício dos sacrifícios e ganhos na ponderação dos valores em choque. Logo, um total sacrifício ao direito à moradia do fiador e de sua família com a penhora de seu único bem imóvel é mais prejudicial do que os possíveis ganhos na implementação da livre iniciativa e da autonomia contratual.

²² Sobre o tema recomenda-se SARMENTO, Daniel. *Direito Fundamentais e Relações privadas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro. LumenJuris, 2006.

²³ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* Op. Cit, p. 76.

²⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. Cit, p. 478.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

Destaque-se que há um ponto curioso nesse enredo. A relativização do bem de família, segundo a lei 8009/90, ocorre somente no que diz respeito ao fiador, não abrangendo o devedor principal. Assim, chega-se hipoteticamente a uma situação no mínimo curiosa — para não dizer esdruxula — em que o devedor principal poderá proteger o seu bem de família da penhora, mas o fiador não.

5. CONCLUSÕES

Pelo que foi exposto neste parecer, opina-se pelo reconhecimento de que há uma distinção entre o TEMA 295 e o TEMA 1127, enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, devendo a Corte adotar conclusões diferentes nas teses, firmando que é impenhorável o bem de família do fiador em contrato de locação comercial, à luz do direito Constitucional à moradia.

Ademais, o presente parecer deverá ser enviado pelo IAB ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a fim de contribuir com a decisão que será tomada pela Corte no TEMA 1127.

Rio de Janeiro, 07 de outubro de 2021.

Gabriel Dolabela Raemy Rangel



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br