

A penhorabilidade de imóvel de fiador em contrato de locação comercial.

### Breve Ensaio

Os direitos fundamentais representam valores básicos e necessários para uma vida digna em sociedade. Conforme ensina Ingo Sarlet (2016, p.298-299), se os direitos fundamentais não são reconhecidos e assegurados, não há espaço para a dignidade da pessoa humana. Não por outra razão, a dignidade da pessoa humana é considerada o cerne maior de nossa Constituição Federal.

Não é demais lembrar que a teoria dos direitos fundamentais surgiu com o término da Segunda Guerra Mundial, quando os juristas, impactados pelos horrores praticados pelos nazistas, deram-se conta de que a atividade jurídica deveria ter um conteúdo humanitário mínimo, de forma a evitar que o mundo, por mais uma vez, viesse a legitimar barbáries, sob o manto da legalidade. Assim, nasceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 (BARROSO, 2006, p.23-26).

No Brasil, os direitos fundamentais encontram-se previstos e garantidos pela Constituição Federal de 1988, de forma que nenhum direito fundamental pode decorrer exclusivamente de uma lei (norma infraconstitucional).

Constituem, assim, tais direitos, uma categoria jurídica constitucionalmente garantida, cujo objetivo, em última análise, é a proteção da dignidade da pessoa humana (ARAÚJO; JÚNIOR, 2006, p.71-72). São verdadeiros princípios que norteiam a interpretação e a aplicação das leis.

No entanto, não há direitos fundamentais absolutos, uma vez que, ao encontrar restrições em outros direitos constitucionalmente consagrados, eles podem ser relativizados. Neste sentido, a colisão entre direitos ocorre quando dois ou mais direitos abstratamente válidos e constitucionalmente protegidos entram em choque diante de um caso concreto (NOVELINO, 2016, p.298-299).

Além disso, não se pode banalizar a dignidade da pessoa humana, como se fosse um suposto argumento “mágico” capaz de sensibilizar a todos de

forma apelativa e sem fundamento. É necessário ônus argumentativo para se enfrentar tais questões.

Recentemente, a colisão de direitos fundamentais foi motivo de reflexão, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.307.334, submetido ao rito da repercussão geral (Tema 1.127), o qual julgou a possibilidade de penhora de bem de família de fiador em contrato de locação comercial e locação residencial, por entender que o direito fundamental à livre iniciativa pode prevalecer no caso em relação ao direito à moradia do fiador.

Antes desse julgamento que fixou a atual tese acerca da constitucionalidade da penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial, a jurisprudência do país sofreu algumas oscilações de entendimento.

Historicamente temos dois fatos importantes. O primeiro foi o julgamento do RE 612.360 (Tema 295), no qual o STF declarou a constitucionalidade da penhora de bem de família de fiador em caso de locação residencial, pois, *“quando se trata de contrato de locação residencial é possível contrapor o direito à moradia de fiadores ao igualmente relevante direito à moradia dos locatários”* (BRASIL, 2020). Entretanto, o tema firmado (Tema 295) não fez distinção entre locação residencial ou comercial.

O segundo foi o julgamento do REsp 605.709. Nesta análise, o STJ entendeu que a proteção à família e a dignidade da pessoa humana são balizas protetoras à alienação forçada. Portanto, o bem de família do fiador, não poderia ser exigido para satisfazer o crédito do locador comercial, pois violaria o princípio da isonomia.

Logo, se eventual bem de família do locatário não se sujeitaria à alienação forçada para fazer frente ao seu débito, não haveria justificativa para que o fiador tivesse seu bem constrito. Em outras palavras, o STJ não vislumbrou fundamento para que o devedor principal, afiançado, gozasse de situação mais benéfica do que conferida ao fiador.

Desse modo, a análise acerca da possibilidade ou não da penhora de bem de família de fiador em contrato de locação comercial passou a encontrar entraves na jurisprudência nacional, a partir de fevereiro de 2019. Não é difícil imaginar toda a sorte de agruras que o entendimento do STJ, refletido em Tribunais estaduais, trouxe para o mercado de locações nesse período.

No entanto, o julgamento pelo STF do RE nº 1.307.334 submetido ao rito da repercussão geral (Tema 1.127), considerou que é constitucional a penhora do bem de propriedade de fiador em contrato de locação não-residencial. A conclusão a que chegou o STF perpassou pela análise da proporcionalidade entre os direitos fundamentais em questão.

O direito à moradia está consagrado no rol de direitos sociais estampado na Constituição Federal, no artigo 6º e no Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais, cujo escopo é garantir o mínimo existencial para o indivíduo, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal direito remonta à referida Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo XXV, n. 01., assegurou que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família o direito à habitação.

Neste sentido, a Lei nº 8.009/1990, em seu artigo 1º prevê:

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.

Repisa-se que a Lei nº 8.009/1990, em seu artigo 3º, inciso VII, introduzido pela Lei 8.245/1991, dispõe que a impenhorabilidade do bem de família é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

A livre iniciativa, em que pese não estar expressamente prevista no rol do artigo 5º, da Constituição Federal, foi alçada ao *status* de norma fundamental, o que inclusive foi reforçado com o advento da Lei 13.874/2019, denominada de “Lei da Liberdade Econômica”. Trata-se de fundamento da

República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, IV da CF, bem como, é corolário da ordem econômica e tem por fim assegurar a existência digna, nos termos do art. 170 da Carta Magna.

Marcus Elidius Michelli de Almeida (2015, p.472) assim leciona sobre o conceito de livre-iniciativa:

Livre iniciativa vem a ser um princípio constitucional que visa afastar a ingerência do Estado na atividade econômica, evitando, assim, o monopólio como regra, bem como concedendo ao particular a liberdade para exercer qualquer atividade, salvo nos casos previstos em lei.

Aplica-se ao caso em análise o princípio da livre iniciativa, uma vez que em locações comerciais a garantia ao contrato locatício pode viabilizar ou frustrar o negócio jurídico. Na fase de negociação entre locador e locatário, a respeito da locação de imóvel empresarial, a não aceitação da fiança pode tornar infrutíferas as tratativas, ao impor ao locatário a necessidade de assumir altos gastos com outras modalidades de garantia, que são onerosas.

Por outro lado, em se tratando de fiança, o fiador está ciente de que, em caso de inadimplemento do contrato principal, sua unidade familiar responderá pelo débito constatação que decorre de texto expresso em lei e tem o condão de trazer segurança jurídica à relação locatícia (BRASIL, 2021).

Dessa forma, poder contar com o instituto da fiança - e todas as consequências legais que dele decorrem - viabiliza o exercício da livre iniciativa por parte da sociedade locatária, que poderá locar o imóvel e ali exercer sua atividade empresarial.

Frise-se que o que se verifica, portanto, por meio da ponderação entre livre iniciativa e direito à moradia, é o direito do locatário (e não do locador) *versus* o direito à moradia do fiador. **Trata-se do direito à livre iniciativa pelo prisma do locatário**, isto é, do empresário individual ou sociedade empresária que loca imóvel para constituir um novo negócio ou um novo estabelecimento.

É evidente que a atividade empresarial da sociedade locatária sofreria impactos, caso o entendimento jurisprudencial fosse pela impenhorabilidade do imóvel de propriedade do fiador. Isso porque seria ainda

mais alto o custo imposto ao locatário para locar um imóvel empresarial, se este tivesse de assumir gastos com seguro-fiança ou com títulos de capitalização a título de garantia locatícia, em vez de poder contar com a fiança dada, muitas vezes, pelo próprio sócio da locatária, justamente no momento em que este está prestes a iniciar um novo negócio e às voltas com diversas despesas fixas.

O Supremo Tribunal, diante da colisão do direito à moradia e do direito à livre iniciativa, teve de aplicar o postulado ou a máxima da proporcionalidade, a fim de decidir qual direito fundamental deveria ser sacrificado em benefício de outro, no caso concreto.

Frisa-se que, conforme ensinam Virgílio Afonso da Silva (2002, p.23.50), Willis S. Guerra Filho (2001, p. 67-.68) e Robert Alexy (1995, p.232-261), a ponderação dos direitos fundamentais à luz da proporcionalidade deverá ser realizada por meio de três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, devendo tais elementos ser analisados nessa ordem.

Na decisão em questão, o STF aplicou a máxima da proporcionalidade, entretanto, sem implementar expressamente as três sub-regras acima indicadas, aplicação esta que faremos a seguir, neste Artigo.

Logo, a ponderação deve ser realizada, de forma a submeter determinada *medida* às provas de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito. A medida sob análise, no caso, é a possibilidade de se penhorar o único imóvel residencial de um fiador, assim nomeado em contrato de locação empresarial.

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2002, p.36) “*a medida será adequada quando o objetivo legítimo é alcançado ou pelo menos fomentado*”. Ora, o objetivo maior de se reconhecer a validade da penhora de bem imóvel de fiador em contrato de locação comercial é prestar uma garantia idônea ao locador e, assim, dar segurança ao contrato e fomentar a livre iniciativa ao locatário, sem onerar sobremaneira este último.

Com efeito, a medida nos parece adequada.

A análise quanto à necessidade depende da verificação da medida em questão, a fim de averiguar-se se é imprescindível que se limite o outro direito fundamental em colisão, a saber, o direito à moradia. Deve-se refletir se há outra medida também adequada que afronte, em menor escala, o direito à moradia. (SILVA, 2002, p.39)

A liberdade de empreender não seria corretamente promovida caso o direito à moradia não fosse atenuado. Não nos parece haver outro meio para buscar o fim almejado, porque outras formas de garantia locatícia, como seguro-fiança ou seguro garantia onerariam financeiramente o locatário e, ainda, outras formas de garantia, com o depósito caução, trariam insegurança ao locador, de modo que não seriam tão adequadas ao fomento da livre iniciativa.

Medidas alternativas (como seguro-fiança) poderiam “encarecer” a operação para o locatário e medidas insuficientes (como depósito caução) poderiam frustrar a negociação a respeito da locação, por trazer insegurança jurídica ao locador.

Ou seja, é razoável entender que nenhuma outra medida seria considerada adequada para o fomento do direito fundamental que se objetiva proteger (livre iniciativa) da mesma forma que a medida em questão, de modo que o impacto a outro direito fundamental (moradia) afigura-se necessário.

Assim, a medida é necessária, a nosso ver.

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide (SILVA, 2002, p.39).

Nesta análise, deve ser questionado se a liberdade de empreender do locatário justificaria a limitação ao direito à propriedade do fiador.

A própria decisão sob comento considera a medida proporcional ao permitir que se mitigue o direito fundamental à moradia, tendo em vista que o próprio fiador, ao se revestir da condição de garantidor, abriu mão da benesse da impenhorabilidade.

Concordamos com a *ratio decidendi*, uma vez que deve ser levada em consideração a autonomia da vontade do fiador que, de modo livre e consciente, exara sua assinatura em contrato de fiança, acessório ao contrato de locação, e assume voluntariamente a obrigação fidejussória. Ele assim o faz, ciente de que seu imóvel poderá ser penhorado, pois há expressa previsão legal para tanto.

Portanto, a medida nos parece proporcional em sentido estrito.

O texto legal, conforme acima transcrito (art. 3º, VII, da Lei 8.009/90), de fato, não abarca distinção quanto à fiança concedida em locação residencial e a concedida em locação comercial. Assim, ao criar diferença onde a lei não o faz, poderia ser afrontado o princípio da isonomia.

Frisa-se que o contrato de fiança é acessório ao contrato de locação, constituindo-se como uma verdadeira garantia que pode ser exigida pelo locador ao locatário, nos termos do artigo 37, inciso II, da Lei do Inquilinato. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.294), “*o caráter acessório e subsidiário da fiança existe porque depende da existência do contrato principal e tem sua execução subordinada ao não cumprimento deste, pelo devedor*”.

Maria Helena Diniz (2010, p.115) preceitua que “*a propriedade é direito que compreende diversas manifestações, dentre elas, o poder de agir diversamente em relação ao bem, usando, gozando ou dispondo dele.*”

À vista disso, ao exarar sua assinatura no contrato de fiança, manifestando sua vontade livre e despida de vícios, o fiador renuncia à impenhorabilidade de seu bem de família, abrindo possibilidade para eventuais constringências em razão do inadimplemento do contrato principal.

O Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do RE nº 1.307.334 (BRASIL, 2021), ora sob exame, assim sintetiza: “**(...) reconhecer a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial teria o condão de causar grave impacto à liberdade de empreender do locatário e no direito de propriedade do fiador.**”

Nessa toada, a partir do postulado da proporcionalidade, o STF entendeu que é necessário conferir interpretação que se compatibiliza à livre

iniciativa, qual seja, a de que a exceção trazida pelo artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990 refere-se tanto a locações residenciais quanto a locações comerciais.

Em outras palavras, a livre iniciativa do locatário não deve encontrar limites no direito à moradia quando o próprio detentor desse direito, o fiador, por sua própria vontade, assina obrigação capaz de limitar seu direito de utilizar o bem imóvel em questão para sua residência.

Isto posto, tendo o artigo 1º, inciso IV, da CF elegido como fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1988), em que *“pese a grandiosidade do direito à moradia, esse direito social e, por óbvio fundamental, não é absoluto, devendo ser sopesado com: a autonomia da vontade do fiador, que de forma livre e imaculada garantiu o contrato de locação; e, ainda, a livre iniciativa do locatário em estabelecer seu empreendimento”*, conforme aduz o Sr. Ministro Alexandre de Moraes quando do julgamento do RE 1307334 (BRASIL, 2021).

Importante mencionar que, em 23 de março de 2022, o STJ julgou o Recurso Especial 1.789.505 (BRASIL, 2022), tratando de caso que pode parecer análogo ao tema deste Artigo. No entanto, no referido REsp, o Ministro Relator Marco Buzzi decidiu pela impenhorabilidade de bem imóvel oferecido como caução em contrato de locação comercial, não se tratando de fiança, portanto.

Entendemos que a decisão proferida pelo STF no RE nº 1.307.334 submetido ao rito da repercussão geral (Tema 1.127) configura um assentamento da jurisprudência a respeito do tema da penhorabilidade de imóvel de fiador em locações empresariais.

Compreender de modo diverso seria ascender a insegurança jurídica ao mercado de locações comerciais, ocasionando em maiores dispêndios para o locatário e limitando o princípio da livre iniciativa, sem razão justificada, o que impactaria, em última análise, no sistema de locações e no próprio mercado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. "Individuelle Rechte und kollektive Güter", In: Alexy, Robert, **Recht, Vernunft, Diskurs**: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 232-261.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Concorrência desleal. *In Tratado de Direito Comercial*. Coordenação: Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 472.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S.. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006 p.71-72

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23/26.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 1.277.481- São Paulo**. Relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 23 nov. 2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5947162>. Acesso em 30 mar.2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1307334- São Paulo**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 04 mar. 2021, publicado em 09 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6087183>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL, Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 02 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1307334- São Paulo**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 04 mar.2021, publicado em 09 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6087183>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- São Paulo. REsp1.789.505. Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 22 mar.2022, publicado em 07 abr. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201803441052&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 16 abr. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, volume 4: direito das coisas - 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.115.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil esquematizado**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p.294.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 67-68.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 11ª Ed. Salvador: Ed.JusPodivm, 2016, p.298-299

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2002, p. 59.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 11ª Ed. Salvador: Ed.JusPodivm, 2016, p.298-299

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

**Autores:**

**Cristiano Padial Fogaça Pereira. Advogado. Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP, Professor no curso de especialização do COGEAE/PUC-SP, sócio do Fogaça Murphy Advogados. Autor da obra “Dissolução parcial de sociedade limitadas”.**

**Andreza Ramos da Silva. Advogada. Pós-graduanda em processo civil pela PUC-MG e pós-graduanda em direito e processo tributário pela EPD. Advogada em Fogaça Murphy Advogados.**