

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PAULA NASCIMENTO CORDEIRO**

**DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE
DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO**

Florianópolis
2013

PAULA NASCIMENTO CORDEIRO

**DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE
DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina como requisito final à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis
2013

PAULA NASCIMENTO CORDEIRO

**DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE
DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO**

A presente monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

Banca examinadora:

Profª Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Profª Heloísa Maria Sobierajski

Mestranda Patrícia Kotzias Aguiar

Mestranda Mayla Regina Rathje

Florianópolis – SC, 5 de fevereiro de 2013.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso analisa questões pertinentes à penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, que vem ocasionando diversas situações indesejadas de injustiça, e demonstrar a sua ilegalidade e inconstitucionalidade perante o sistema jurídico vigente em nosso país. A referida penhorabilidade viola princípios e direitos constitucionais básicos, como a isonomia e a dignidade humana, bem como contraria, também, premissas vigentes de direito civil, dentre as quais se cita a acessoriedade do contrato de fiança e a função social do contrato. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário julgado em fevereiro de 2006, decidiu pela constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Porém, a questão continua polêmica e através da análise detalhada dos institutos civis e constitucionais relativos ao assunto, pode-se chegar à conclusão de que a referida penhorabilidade é ilegal e inconstitucional. O método utilizado para a elaboração desta monografia foi o de pesquisa bibliográfica, na qual se analisou legislação, doutrina, artigos e jurisprudências referentes ao assunto.

Palavras-chave: Bem de família. Impenhorabilidade. Isonomia. Dignidade humana. Direito à moradia. Contrato acessório. Autonomia da vontade. Função social do contrato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 PANORAMA CONSTITUCIONAL E BEM DE FAMÍLIA.....	8
1.1 Dignidade da pessoa humana.....	9
1.2 Isonomia.....	11
1.3 Direitos sociais.....	12
1.3.1 Direito à moradia.....	13
1.3.2 Do bem de família.....	15
2 PANORAMA CIVIL.....	21
2.1 Teoria Geral dos Contratos.....	21
2.1.1 Princípios do Direito Contratual.....	23
2.2 Contrato de fiança.....	26
2.3 Contrato de locação.....	35
3 DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO.....	38
3.1 Das questões civis.....	40
3.1.1 Do caráter acessório do contrato de fiança, inclusive em casos de fiança de contrato de locação.....	40
3.1.2 Da função social dos contratos na análise da penhorabilidade do bem de família do fiador.....	43
3.1.3 Da existência de outros meios de garantias ao contrato de locação.....	46
3.2 Das questões constitucionais.....	49
3.2.1 Desrespeito ao princípio da isonomia.....	50
3.2.2 Desrespeito à dignidade humana no que tange ao direito de moradia.....	51
3.3 Recurso Extraordinário n. 407.688-8.....	52
3.3.1 Voto do relator, Min. Cezar Peluso: desprovimento do recurso.....	53
3.3.2 Voto do Min. Eros Grau: provimento do recurso.....	55

	6
3.3.3 Voto do Min. Joaquim Barbosa: desprovimento do recurso.....	56
3.4.4 Voto do Min. Carlos Britto: provimento do recurso.....	57
3.3.4 Voto do Min. Celso de Mello: provimento do recurso.....	57
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, instituída pela Lei n. 8.245/1991 e demonstrar sua ilegalidade e inconstitucionalidade.

O tema é de suma importância já que trata de direitos constitucionais e civis extremamente relevantes e que afetam boa parte da população brasileira.

O trabalho se divide em três capítulos: panorama constitucional, panorama civil e da ilegalidade e inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

No primeiro capítulo, o que se pretende é inserir o tema no contexto constitucional, o que se faz através da abordagem de princípios e conceitos básicos ao direito constitucional.

No segundo capítulo, a intenção é contextualizar o assunto na esfera civil através da análise de questões referentes à penhorabilidade do bem de família do fiador locatício e de conceitos civis relativos ao tema.

O último capítulo aborda o tema propriamente dito, tirando conclusões da análise conjunta de tópicos abordados nos capítulos anteriores, bem como analisa e faz ponderações acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal, que em 2006, por ocasião do Recurso Extraordinário 407.688-8, decidiu pela constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador.

O método científico utilizado na realização do presente trabalho foi o de pesquisa bibliográfica.

1 PANORAMA CONSTITUCIONAL E BEM DE FAMÍLIA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considerada o auge do processo de redemocratização brasileiro foi conseqüência de um desenvolvimento histórico constitucional que foi se formando ao longo dos anos e teve como inspiração diversas Constituições internacionais, dando, assim, as bases do atual Estado Brasileiro de direito.

Uns dos principais alicerces da Constituição Federal de 1988 é o direito a igualdade¹ e à dignidade humana², direitos comuns à maioria das Constituições contemporâneas e que inspiram vários outros direitos e princípios constitucionais, como por exemplo, o princípio da isonomia.

A origem de tais direitos remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Sobre os Direitos Humanos, são os ensinamentos de Fábio Konder Comparato:

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças. (...) Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.³

Além disso, a Constituição Federal de 1988 trouxe diversas inovações no que tange aos direitos sociais, que são direitos fundamentais de segunda geração.

¹ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

² Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III - a dignidade da pessoa humana (...)

³ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 2001. In: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 347.

Recorda-se que os direitos fundamentais se dividem em gerações, sendo que se analisará aqui, principalmente, os da primeira e segunda gerações.

Os direitos fundamentais da primeira geração, também chamados de direitos individuais e políticos, tem um caráter negativo, ou seja, implicam numa omissão por parte do Estado, limitando a ação deste.

Como exemplos de direitos de primeira geração, tem-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade formal, à propriedade, bem como outros direitos.

Para concretizar esses direitos existem, ainda, princípios e direitos deles decorrentes, como o princípio da isonomia, já citado acima.

Por sua vez, os direitos sociais, como direitos da segunda geração, são aqueles que exigem uma prestação positiva do poder público, pretendem viabilizar a efetividade dos direitos fundamentais individuais.

Pertencem à categoria dos direitos de segunda geração, também, os direitos econômicos, que assim como os sociais, objetivam levar à cabo os direitos individuais.

Assim, para se ter uma melhor noção do panorama civil constitucional, cumpre analisar mais detidamente questões como a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, e os direitos sociais em si considerados, para que, após, possa-se analisar o instituto do bem de família.

1.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana não está inclusa no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal de 1988, porém, está dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 1º do referido diploma⁴.

Seu conceito é amplo e refere-se ao direito de ser respeitado em todos os sentidos, quanto à honra, à moral, e inclusive no que tange ao mínimo

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III - a dignidade da pessoa humana (...)

necessário para uma vida digna, isto é, à disponibilidade de condições básicas de sobrevivência.

Nos dizeres de Pérez Luño:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (*Selbstbestimmung des Menschen*) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza.⁵

Portanto, a concepção de dignidade humana abrange tanto caráter negativo quanto positivo, no sentido que preza pelo respeito às liberdades individuais e à honra, bem como pela disponibilidade de meios básicos de sobrevivência.

Nesse mesmo sentido, são os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁶

Nota-se que o homem não tem sua dignidade comprometida apenas quando suas liberdades são atingidas, mas, também, quando é privado de alimentação, saúde, moradia, educação e segurança.

Destaca-se que por ser um dos fundamentos da República, a dignidade humana é considerada um princípio fundamental e como tal, serve de diretriz ao ordenamento jurídico vigente.

⁵ LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 1995. In: TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 393.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2001. In: BITTAR, Eduardo C. B. (coord.). Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão. Rio de Janeiro: Forense universitária; São Paulo: ANDHEP, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009. p. 35.

1.2 Isonomia

Desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, que a igualdade e a liberdade, assim como a dignidade humana, são consideradas essenciais e basilares a qualquer ordenamento jurídico.

Na análise da igualdade é preciso recordar que podem haver tratamentos diferenciados e que estes, em alguns casos, podem ser absolutamente legais e constitucionais. Isso porque o real significado de igualdade implica em *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*⁷, isto é, não se pode tratar dois cidadãos com condições de vida totalmente diferentes da mesma forma, eles precisam ser tratados na proporção de suas condições, o que, em algumas circunstâncias, acarreta num tratamento diferenciado.

Nos dizeres de Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.⁸

Não fosse assim, a Constituição estaria assegurando os direitos de uma parcela da sociedade em detrimento dos de outra parcela.

Porém, para que tal tratamento diferenciado não resulte em injustiças, são necessários meios para que se aplique o chamado tratamento isonômico e se possa distinguir os iguais dos desiguais e, conseqüentemente, concretizar o princípio da igualdade.

Para a aplicação do tratamento isonômico devem ser levados em consideração critérios como o traço diferencial escolhido como ponto de desigualdade e a diferenciação de tratamento que se pretende aplicar para equiparar as situações, ambos os critérios relacionados entre si. Não é porque

⁷ Frase atribuída a Aristóteles.

⁸ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, 5. ed., Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf> Acesso em: 16 jan. 2013.

tratar-se-á diferentemente pessoas desiguais que se pode fazê-lo aleatoriamente.

Sobre o assunto, ensina Celso Antonio Bandeira de Mello:

(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.⁹

Tem-se que a característica diferenciadora não pode chegar ao ponto de individualizar alguém em um dado momento, isto é, ser direcionada a uma pessoa específica e não suposta.

Além disso, a característica diferenciadora deve estar na própria pessoa, coisa ou situação discriminada e não em fator alheio a estas.

1.3 Direitos Sociais

Os direitos sociais, como já exposto, são direitos de segunda geração e exigem uma ação positiva do Estado que vise assegurar a efetiva realização dos direitos e princípios fundamentais.

É nesse contexto que os direitos sociais têm muito em comum com a dignidade da pessoa humana, uma vez que objetivam proporcionar ao cidadão, meios básicos e indispensáveis para uma vida digna.

Os direitos sociais, além de presentes no preâmbulo da Constituição Federal de 1988¹⁰, estão previstos no art. 6º deste diploma. Dentre os direitos ali colacionados estão o direito à educação, à saúde, à alimentação e à moradia. *In verbis*:

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 1993. In: TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 402.

¹⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Para muitos, esses direitos sociais ligados ao mínimo existencial necessário são pressupostos para o real exercício da liberdade.

Porém, não se pode olvidar que as dificuldades do Estado são muitas e que nem sempre é possível atender à todos os direitos sociais dos cidadãos, como bem discorrem Lílian Márcia Balmant Emerique e Sidney Guerra:

Embora seja preciso ter certa dose de cautela para não cair no extremo de pensar que o Estado pode tudo, também não se deve admitir que o Estado não possa nada ou quase nada em função das crises econômicas. Nesse meio termo se situa a necessidade de equilíbrio entre a dinâmica de emprego da reserva do possível em seu grau máximo, principalmente impedindo retrocessos nas conquistas sociais. (...) o princípio em questão deve ser conjugado com a idéia de otimização dos recursos mediante o emprego do máximo possível para promover a eficácia dos direitos mencionados.¹¹

Os direitos sociais preconizados pela Constituição são muitos e, por vezes, apenas uma pequena parcela deles é verdadeiramente suprida. É justamente aí que surge a idéia de não só proporcionar, como também de proteger o mínimo existencial ligado aos direitos sociais.

Dentre as medidas possíveis para tal proteção estão a intributabilidade do mínimo vital bem como a instituição do bem de família.

1.3.1 Direito à moradia

O direito à moradia, considerado como direito humano desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹² foi incluído em

¹¹ BITTAR, Eduardo C. B. (coord.). *Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão*. Rio de Janeiro: Forense universitária; São Paulo: ANDHEP, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009, p. 44.

¹² Declaração Universal dos direitos do homem: Artigo XXV: 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 1 jan.

inúmeros diplomas legais internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)¹³, Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), e Pacto de São José da Costa Rica¹⁴.

É considerado um dos direitos sociais mais importantes, uma vez que está intimamente ligado com o mínimo existencial exigido para que se tenha uma vida digna.

A respeito de sua importância no plano internacional, acrescenta Jaime Melanias dos Santos:

Conclui-se que direito à moradia é, no plano internacional, direito de natureza mista, isto porque se reveste de matizes econômicas, sociais e ambientais, trazendo consigo o poder de alterar panoramas de degradação para quadros de desenvolvimento, tornando-se elemento facilitador e estratégico para a implementação de políticas públicas locais.¹⁵

No Brasil, o direito à moradia passou a ser expressamente previsto, como direito social que é, apenas com a Emenda n. 26, que alterou a Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º¹⁶.

Assim como nos diplomas internacionais, o direito a moradia é também considerado muito importante, estando inclusive ligado a um dos

2013

¹³ Convenção assinada pelo Brasil em 7 de março de 1966, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 23 de 21 de junho de 1967 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. In: BRASIL. Decreto nº 65.810. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:Md_vTcBznBMJ:www.iadb.org/research/legislacionindigena/leyn/docs/Bra-Bra-Decreto-65810-69-Convenio-Discriminacion-Racial-I.doc+&hl=pt-BR&pid=bl&srcid=ADGEESjLxIYdw-sLhAVtDfCAIEG-jS6PoBff3LQMyEJeyHQ7OdKObS8DGIhndbtp3RR3fOi8llcn_RBgXSexvFYqoxywNuA1WJAyNIhq7ugyOvuudEgC7J8i8tZxgw20UtqR0Kk0L4Zu&sig=AHIEtbTM8OEdMhIR_XSdD2u5HcAhQB0D0A> Acesso em: 16 jan. 2013.

¹⁴ Pacto ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. In: BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 29 de janeiro de 2013.

¹⁵ SANTOS, Jaime Melanias dos. *Direito à moradia e a função social da propriedade urbana*. São Paulo: FADISP, 2009. Tese (Mestrado) – na linha de pesquisa da função social dos institutos de direito privado, Faculdade de Direito, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, p. 32. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/jaime_melanias_dos_santos.pdf> Acesso em: 16 jan. 2013.

¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

fundamentos basilares da carta constitucional brasileira, qual seja, a dignidade da pessoa humana, razão pela qual, como bem destacado por Jaime Melanias dos Santos, em sua tese de mestrado¹⁷, já gozava de proteção mesmo antes de sua inclusão expressa dentre os direitos sociais.

Porém, apesar de sua importância, o direito à moradia encontra muitas dificuldades na sua implementação, uma vez que, ainda que previsto constitucionalmente, não tem suporte econômico governamental suficiente, de modo que, como em grande parte do mundo, continua carente de políticas públicas que façam efetivo.

É por estes e outros motivos que, além de prover, deve, também, o ente público proteger o direito à moradia do cidadão que, por meios próprios, obteve sua moradia.

1.3.2 Do bem de família

O bem de família tem origem histórica nos Estados Unidos da América, onde, em 1862, Abraham Lincoln, com intuito de incentivar a colonização e a permanência dos colonos no oeste americano, criou o Homestead Act, lei que, dentre outras coisas, conferiu impenhorabilidade ao bem residencial da família¹⁸.

Segundo Sylvio Capanema de Souza¹⁹, isso ocorreu em virtude da quebra de um banco em Nova Iorque, em 1837, que, em suma, gerou uma crise na qual os preços de produtos agrícolas despencaram, deixando os agricultores inadimplentes e fazendo com que os bancos executassem suas dívidas e penhorassem suas casas e imóveis. Conseqüentemente, os colonos começaram a retornar para os locais de onde tinham vindo (costa leste americana e Europa).

¹⁷ SANTOS, Jaime Melanias dos. *Direito à moradia e a função social da propriedade urbana*. São Paulo: FADISP, 2009. Tese (Mestrado) – na linha de pesquisa da função social dos institutos de direito privado, Faculdade de Direito, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, p. 40-41. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/jaime_melancias_dos_santos.pdf> Acesso em: 16 jan. 2013.

¹⁸ Nesse sentido: SOUZA, Sylvio Capanema. O bem de família no novo código civil. Disponível em: <http://www.smithedantas.com.br/texto/bem_familia_ncc.pdf> Acesso em: 2 jan. 2013.

¹⁹ SOUZA, Sylvio Capanema. Op. cit.

E assim, para evitar este êxodo do oeste americano, criou-se, no âmbito da República do Texas, em 1839, a Lei do *Homestead*, que após, quando incorporado o Texas aos Estados Unidos da América, foi difundido por todo o país por Lincoln, através do *Homestead Act*, que dava mais segurança aos colonos agricultores.

No Brasil, o instituto surgiu pela primeira vez no Código Civil de 1916, quando era instituído voluntariamente pelo *pater familias*, e fazia com que o imóvel residencial não respondesse por dívidas, exceto aquelas oriundas de impostos sobre o próprio imóvel²⁰.

Tal isenção perdurava enquanto sobrevivessem os cônjuges e a prole fosse civilmente incapaz, e além disso, só poderia ser instituída por aquele que, no momento da instituição, fosse solvente²¹.

Apesar de ter surgido em 1916, o procedimento para a instituição do bem de família começou a ter seus contornos desenhados somente com o Código de Processo Civil de 1939 – arts. 647 a 651²²– que, insuficiente, foi

²⁰ Código Civil Brasileiro de 1916: DO BEM DA FAMÍLIA - Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a clausula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 16 jan. 2013.

²¹ Código Civil Brasileiro de 1916: DO BEM DA FAMÍLIA - Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a clausula de ficar isento de execução por dividas(...)

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.

Parágrafo único. A isenção se refere a dividas posteriores ao ato, e não ás anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexequível em virtude de ato da instituição.

²² TÍTULO XXXVI - Do bem de família

Art. 647. A instituição do bem de família far-se-á por escritura pública, declarando o instituidor que determinado prédio se destina a domicilio de sua família e ficará isento de execução por dívidas.

Art. 648. De posse da escritura, o instituidor a entregará ao oficial do registro de imóveis, para que mande publicá-la na imprensa da localidade e, à falta, na da Capital do Estado ou Território.

Art. 649. Da publicação, feita em forma de edital, constarão:

I – o resumo da escritura, nome, naturalidade e profissão do instituidor, data do instrumento e nome do tabelião que o fez, situação e característicos do prédio;

II – o aviso de que, se alguém se julgar prejudicado, deverá, dentro em trinta (30) dias, contados da data da publicação, reclamar contra a instituição, por escrito e perante o oficial.

Art. 650. Findo o prazo do artigo anterior, sem que tenha havido reclamação, o oficial transcreverá a escritura, verbo ad verbum, em livro próprio, lançará as respectivas indicações nos indicadores real e pessoal, e arquivará um exemplar do jornal em que a publicação houver sido feita, restituindo o instrumento à parte, com a nota da transcrição.

complementado pela Lei de Registros Públicos n. 6.015/1973, em seu arts. 260 a 265²³.

Porém, o procedimento trazido pela Lei de Registros Públicos é muito complexo e burocrático, de modo que, o bem de família voluntariamente instituído não teve muita aceitação.

Em 1990, com a Medida Provisória n. 143, posteriormente transformada na Lei 8.009/1990, surgiu o bem de família legalmente instituído, que por sua vez, foi mais amplamente divulgado em virtude da facilidade e do fato de ser automaticamente aplicável.

Art. 651. Da reclamação, que será arquivada, o oficial fornecerá ao instituidor cópia autêntica, devolvendo-lhe a escritura, com a declaração escrita de ter sido suspenso o registro.

§ 1º O instituidor poderá requerer ao juiz de direito da comarca que ordene o registro sem embargo da reclamação.

§ 2º Se o juiz determinar que se proceda ao registro, ressalvará ao reclamante o direito de recorrer à ação competente para anular a instituição, ou de fazer execução sobre o prédio instituído, na hipótese de tratar-se de dívida anterior e cuja solução se tornou inexecutável em virtude do ato da instituição.

§ 3º A transcrição compreenderá também o despacho do juiz.

²³ CAPÍTULO IX - Do Bem de Família

Art. 260. A instituição do bem de família far-se-á por escritura pública, declarando o instituidor que determinado prédio se destina a domicílio de sua família e ficará isento de execução por dívida.

Art. 261. Para a inscrição do bem de família, o instituidor apresentará ao oficial do registro a escritura pública de instituição, para que mande publicá-la na imprensa local e, à falta, na da Capital do Estado ou do Território.

Art. 262. Se não ocorrer razão para dúvida, o oficial fará a publicação, em forma de edital, do qual constará:

I - o resumo da escritura, nome, naturalidade e profissão do instituidor, data do instrumento e nome do tabelião que o fez, situação e características do prédio; II - o aviso de que, se alguém se julgar prejudicado, deverá, dentro em trinta (30) dias, contados da data da publicação, reclamar contra a instituição, por escrito e perante o oficial.

Art. 263. Findo o prazo do nº II do artigo anterior, sem que tenha havido reclamação, o oficial transcreverá a escritura, integralmente, no livro nº 3 e fará a inscrição na competente matrícula, arquivando um exemplar do jornal em que a publicação houver sido feita e restituindo o instrumento ao apresentante, com a nota da inscrição.

Art. 264. Se for apresentada reclamação, dela fornecerá o oficial, ao instituidor, cópia autêntica e lhe restituirá a escritura, com a declaração de haver sido suspenso o registro, cancelando a prenotação.

§ 1º O instituidor poderá requerer ao Juiz que ordene o registro, sem embargo da reclamação.

§ 2º Se o Juiz determinar que proceda ao registro, ressalvará ao reclamante o direito de recorrer à ação competente para anular a instituição ou de fazer execução sobre o prédio instituído, na hipótese de tratar-se de dívida anterior e cuja solução se tornou inexecutável em virtude do ato da instituição.

§ 3º O despacho do Juiz será irrecorrível e, se deferir o pedido será transcrito integralmente, juntamente com o instrumento.

Art. 265. Quando o bem de família for instituído juntamente com a transmissão da propriedade (Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 8º, § 5º), a inscrição far-se-á imediatamente após o registro da transmissão ou, se for o caso, com a matrícula.

A lei n. 8.009/1990 confere impenhorabilidade ao imóvel residencial da família (independentemente de sua formação), excepcionadas algumas situações. *In verbis*:

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.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Importante salientar que, apesar de a lei n. 8.009/1990 ter criado o bem de família legal, continua a existir, também, o bem de família voluntariamente instituído, que agora, é regulado pelos arts. 1.711 ao 1.722 do Código Civil de 2002, que manteve as linhas mestras do Código Civil de 1916, tendo inovado em alguns pontos e sido mais minucioso em outros.

Segundo os ensinamentos de Miguel Maria de Serpa Lopes, a inalienabilidade do bem de família é apenas um meio de atingir um objetivo maior, que é assegurar a residência da família:

(...) no Bem de Família a inalienabilidade é criada em função de um outro objetivo: assegurar a residência da família, sendo esse o objetivo principal, e a inalienabilidade um simples meio de atingi-lo. Trata-se de um instituto originário dos Estados Unidos, destinado a assegurar um lar à família. A inalienabilidade não é um fim, senão um meio de que o legislador se serviu para assegurar a tranquilidade da habitação da família;(...) Etimologicamente, a palavra "*Homestead*" compõe-se de duas palavras anglo-saxões: "*home*", de difícil tradução, cuja versão francesa é "*chez soi*", "em sua casa", e "*stead*", significando "lugar". Em linguagem jurídica quer dizer, porém, uma residência de família, implicando posse efetiva, limitação de valor, impenhorável e inalienável.²⁴

Então, tem-se que a instituição do bem de família legal trouxe mais segurança às unidades familiares, protegendo o direito à moradia destas.²⁵

²⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, 1988. *In*: HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10149/o-bem-de-familia-a-fianca-locaticia-e-o-direito-a-moradia/5#ixzz2Gb8DcPe9>> Acesso em: 2 de janeiro de 2013.

²⁵ Destaca-se que o conceito de família utilizado aqui é aquele mais amplo, que abarca, inclusive, "famílias" formadas por apenas uma pessoa, conforme entendimento consolidado na Súmula 364 do STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o

Porém, conforme a lei n. 8.009/1990, alguns casos são excluídos da tutela da instituição legal do bem de família:

Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

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

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

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

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Da análise das disposições legais acima citadas, nota-se que são excluídas da impenhorabilidade do bem de família as dívidas oriundas do próprio imóvel (art. 3º, I, II, IV, e V), as dívidas alimentícias, sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens ou quando o bem foi adquirido com produto de crime e por último, por obrigação decorrente de fiança em contrato de locação.

Dentre as exclusões citadas, a que causa mais polêmica e inconformismo é aquela do inciso VII, incluída pela Lei n. 8.245/1991 e conflitante com diversas normas e princípios legais e constitucionais, como se verá nos próximos capítulos.

2 PANORAMA CIVIL

Analisadas as questões constitucionais, passa-se à análise daquelas civis, uma vez que o tema abrange ambas as áreas.

2.1 Teoria Geral dos Contratos

O contrato, inserido no direito das obrigações, nada mais é que a regulamentação de um acordo de vontades, entre duas ou mais partes, que define as partes, o objeto, prazos, valores, formalidades e outros detalhes do acordo travado, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações é fonte mediata de obrigação e deve estar em consonância com o direito vigente (fonte imediata de obrigações).

Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados. Deveras, a essência do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa. Num contrato, as partes contratantes acordam que se devem conduzir de determinado modo, uma face da outra, combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações. O contrato repousa na idéia de um pressuposto de fato querido pelos contraentes e reconhecido pela norma jurídica como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue conforme à ordem jurídica. (...) Portanto, o contrato, como negócio jurídico que é, é um fato criador de direito, ou melhor, de norma jurídica individual, pois as partes contratantes acordam que se devem conduzir de determinada maneira, uma em face da outra.²⁶

Interessantes são as ponderações e a conceituação de Roberto de Ruggiero a respeito de contratos:

A idéia de contrato emancipa-se, de tal maneira, das restritas categorias dos tipos fixos romanos e eleva-se a um conceito geral e abstrato; torna-se um esquema genérico, uma categoria abstrata, na qual predomina o elemento do consenso e que é capaz de traçar as mais diversas figuras que possam ser criadas pela vontade das partes. Em oposição ao sistema romano, o sistema contratual moderno não conhece tipos definidos e fixos de convenções obrigatórias: indefinidas e mutáveis, quer tenham quer não um nome

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13-14. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.

próprio, são todas quantas na infinita variedade das necessidades humanas e das trocas possam ser os acordos entre duas ou mais pessoas destinados a ligar uma pessoa à outra e a fazer adquirir para aquela uma razão creditória para com esta. Desde que se possam reduzir ao esquema abstrato e geral, todas as declarações bilaterais de vontade se tornam contratos. Este não é limitado a indicar apenas os acordos, que originam relações de obrigação (contratos obrigatórios) abrangendo também qualquer outro acordo destinado a dissolver um precedente vínculo obrigatório (contratos liberatórios ou solutórios), a modificar um vínculo existente ou a constituir relações de direito real ou de família.²⁷

O contrato, para que seja válido, deve cumprir os requisitos do art. 104 do Código Civil²⁸, referentes a todos os atos e negócios jurídicos, quais sejam: ser pactuado por agentes capazes, que seu objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei, bem como às demais disposições em relação aos negócios jurídicos, como por exemplo, as exigências formais dos arts. 107 a 109 do Código Civil²⁹.

Além dos requisitos gerais, para que um contrato seja válido, deverá respeitar, também, aquele de ordem especial, específico dos contratos, o consentimento recíproco, que deve ser livre e espontâneo, sob pena de ser eivado de vício.

Neste contexto, no qual a vontade real e espontânea é tão valorizada e indispensável à validade dos contratos, destaca-se que na interpretação dos contratos, o Código Civil de 2002 – mais especificamente o art. 112³⁰ – optou justamente pela teoria da vontade e não pela declaração.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

²⁷ RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. Tradução da 6. ed. italiana por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, p 299-300. v. 3: Direito das obrigações e direito hereditário.

²⁸ Código Civil - Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁹ Código Civil - Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

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

Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.

³⁰ Código Civil - Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Nos contratos escritos, a análise de texto (interpretação objetiva) conduz, em regra, à descoberta da intenção das partes. Parte-se, portanto, da declaração escrita para se chegar à vontade dos contratantes (interpretação subjetiva), alvo principal da operação. Quando, no entanto, determinada cláusula mostra-se obscura, passível de dúvida, e um dos contratantes demonstra que não representa com fidelidade a vontade manifestada por ocasião da celebração da avença, deve-se considerar como verdadeira esta última, pois o art. 112 do Código Civil declara que “ nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem”. Portanto, o Código Civil brasileiro deu prevalência à teoria da vontade sobre a da declaração.³¹

Além das características citadas, na análise da questão relativa aos contratos deve se levar em consideração os princípios relativos àqueles, o direito das obrigações, bem como enquadrá-los na conjuntura jurídica pertinente.

2.1.1 Princípios do direito contratual

Como qualquer campo jurídico, o dos contratos também tem seus princípios fundamentais, que servem como pontos reguladores do tema, são eles: autonomia da vontade, supremacia da ordem pública/ função social do contrato, consensualismo, relatividade dos contratos, obrigatoriedade dos contratos, revisão dos contratos e boa fé.

Cabe fazer um breve traçado sobre os princípios citados que mais interessam aqui, quais sejam: autonomia da vontade e supremacia da ordem pública/função social do contrato.

O princípio da autonomia da vontade assegura à qualquer pessoa – capaz, diga-se de passagem – ampla liberdade de contratar ou deixar de contratar, conforme sua vontade. Tal princípio sempre norteou o sistema jurídico brasileiro no tocante aos contratos e abrange tanto a decisão de contratar, quanto outras questões relativas à fixação do conteúdo do contrato, podendo celebrar contratos nominados – modalidades reguladas por lei – ou inominados.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil: direito das obrigações: parte especial. Vol. 6, tomo I: contratos. 7ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. Coleção Sinopses Jurídicas, p. 13.

Porém, é de se esclarecer que a liberdade contratual não é absoluta, e sim limitada pelo princípio da supremacia da ordem pública, que vem expresso no art. 421 do Código Civil³², na forma de função social do contrato, que dá prevalência ao interesse público sobre o individual.

A função social do contrato não foi definida por lei, de modo que pode ter diversas interpretações, porém, de maneira geral, é tida como a necessidade de satisfazer interesses sociais e coletivos, além daqueles privados, e vem justamente para tentar equilibrar a sociedade, evitando a exploração dos menos abastados.

A inclusão da função social do contrato como limite à autonomia da vontade é uma mudança decorrente dos novos moldes assumidos pela Carta Constitucional Brasileira de 1988, que retratou um Estado Social e assim, conseqüentemente, mudou o rumo da teoria tradicional dos contratos, que, tendo sido sempre marcada pela autonomia da vontade, passou a abrandar a importância do referido princípio.

Neste contexto, expõe Jones Figueiredo Alves:

Esse princípio celebra a primazia ou preponderância dos chamados valores plurais ou coletivos em face dos equivalentes axiológicos do plano individual, em prestígio e tutela do bem-estar coletivo. Encontra-se ele na função social do contrato (art. 421), na proporção ao hipossuficiente da relação contratual (art. 423), na natureza social da posse, a ditar reduções de prazo para o usucapião (arts. 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240, 1.242, caput e parágrafo único) ou a permitir a expropriação judicial (art. 1.228, §4º), como em outras disposições. Não é demais lembrar que essas regras vestibulares, pela aplicabilidade genérica de estipulação, empreendem e plasam uma Nova Teoria Geral dos Contratos, suficientes a informar a relevância do trespassse do modelo clássico contratual, individualista e patrimonializante, para um modelo moderno de produção coletiva dos interesses contratados, a humanizar o direito contratual como fonte primária de interesse social. Bem a propósito, a conciliar os valores individuais e coletivos do contrato, no implexo de uma correlação inarredável, situa Miguel Reale ser o contrato “um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e de medida” (in O Projeto do Código Civil, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 10) (...) O contrato não é apenas um instrumento jurídico, de interesses puramente interpessoais ou de operação de

³² Código Civil - Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

proveitos. O seu conteúdo deve importar nos fins de justiça e de utilidade, em superação do egocentrismo individual onde permeiam a fragilização do débil e a dominação do mais forte.³³

Na mesma senda, argumenta Alinne Arquette Leite de Novaes:

(...) uma grande marca da evolução da teoria contratual, em consonância com a evolução da sociedade, e a conseqüente passagem do Estado liberal para o Estado social, foi a superação do dogma da autonomia da vontade como o máximo balizador do direito contratual, para a adoção de dois princípios para tal posição – o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente.³⁴

Em relação ao assunto, destaca-se o conteúdo do enunciado n. 23 do Superior Tribunal de Justiça, aprovado na I Jornada de Direito Civil de setembro de 2002, e que confirma que a função social do contrato limita o alcance do princípio da autonomia contratual.³⁵

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a limitação da liberdade contratual,

resultou da constatação, feita no início do século passado, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrio exploratório economicamente mais fraco, de modo que, em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para reestabelecer e assegurar a igualdade dos contratantes(...).³⁶

Porém, o autor ressalva que *“a intervenção do Estado na vida contratual é, hoje, tão intensa em determinados campos que se configura um verdadeiro dirigismo contratual”*³⁷.

³³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil Comentado*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁴ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *In*: INÁCIO, Alice Koerich. *Proteção do consumidor contra cláusulas abusivas: limites e aplicação da súmula 381 do superior tribunal de justiça*. Florianópolis: UFSC, 2009, monografia, p. 33.

³⁵ “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.” Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69 > Acesso em 14 de fevereiro de 2013.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito das obrigações: parte especial*. Vol. 6, tomo I: contratos. 7ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. Coleção Sinopses Jurídicas, p. 8-9.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*

O termo dirigismo contratual, referido por Carlos Roberto Gonçalves, é, portanto, aplicável àquelas medidas estatais direcionadas à proteção de interesses coletivos em detrimento daqueles individuais.

Aliás, não é demais lembrar que a Constituição Federal, em seu art. 3º, I³⁸, prevê, como objetivo fundamental da República, uma sociedade livre, justa e solidária.

Logo, é natural e lógico que a Carta Magna preveja meios, como a limitação da liberdade contratual pela função social, que condicionem a solidariedade, prevista constitucionalmente, e possibilitem a supremacia dos interesses coletivos, até mesmo porque a Constituição Federal Brasileira, como já visto anteriormente, garante direitos fundamentais de segunda geração, isto é, direitos sociais, e portanto, o Estado acaba por assumir uma postura mais ativa.

Além disso, como se verá mais adiante, por vezes, a dita autonomia da vontade é fictícia, uma vez que, para que se possa realmente ter uma vontade dita autônoma, é necessário que se tenha consciência exata daquilo que se está fazendo, ou seja, no caso de um contrato, é necessário que se saiba quais são as obrigações assumidas e as vantagens correspondentes ao acordo pactuado, porém, num país como o Brasil, onde as taxas de analfabetismo beiram às raias do absurdo, pessoas assinam contratos e assumem responsabilidades das quais não fazem a menor idéia.

2.2 Contrato de fiança

Os contratos podem ser classificados segundo vários critérios, são eles: efeitos, formação, momento de execução, forma, denominação do contrato, objeto, agentes, e, por fim, quanto ao modo por que existem.

³⁸ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

O contrato de fiança pode ser classificado como um contrato unilateral, geralmente gratuito, consensual, típico, nominado, personalíssimo ou *intuitu personae*, formal e não solene³⁹ e acessório.

A fiança está dentre os diversos tipos de garantia previstos no Código Civil, e também pode ser chamada caução fidejussória.

Destaca-se que, assim como no direito francês⁴⁰, existem três espécies de fiança: a convencional, a legal e a judicial. A primeira é aquela que resulta de acordo de vontades, e é o foco do presente estudo. A segunda, como o nome indica, é aquela decorrente de disposição legal. A terceira, por fim, é decorrente não de uma relação contratual mas de uma exigência processual, serve para garantir uma decisão judicial, e tem a peculiaridade de ser prestada pelo próprio devedor⁴¹.

O contrato de fiança, definido pelo art. 818 do Código Civil⁴², serve para prestar uma garantia, para assegurar ao credor de uma dívida que, caso esta não seja paga pelo devedor original, o será, total ou parcialmente, pelo fiador, que responderá pela dívida com o seu patrimônio, ou seja, será responsabilizado por débito de terceiro.

Nesta senda, acrescenta-se:

Não se deve confundir, ainda, obrigação (*debitum*) e reponsabilidade (*obligatio*), por somente se configurar esta última quando a prestação é adimplida pelo devedor. A primeira corresponde, em sentido estrito, ao dever do sujeito passivo de satisfazer a prestação positiva ou negativa em benefício do credor, enquanto a outra se refere à

³⁹ Existem divergências sobre a solenidade do contrato de fiança, isso porque o art. 819 do Código Civil prevê que o contrato de fiança deverá ser escrito, e alguns autores entendem que isto o caracteriza como solene, outros, ao invés, não, de modo que entendem que é apenas formal. Entende pela solenidade, Jones Figueiredo Alves (SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil Comentado*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.t., p. 660-661), enquanto Flávio Tartuce entende que o contrato de fiança é não solene. (Manual de direito civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012). Compartilha do entendimento de Flávio Tartuce, Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2008. v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.)

⁴⁰ POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações. Tradução por Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 351.

⁴¹ A exemplo dos artigos 925 e 940 do Código Civil.

⁴² Código Civil - Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

autorização, dada pela lei, ao credor que não foi satisfeito, de acionar o devedor alcançando seu patrimônio, que responderá pela prestação.

Em geral, toda a obrigação descumprida permite a responsabilização patrimonial do devedor, não obstante existam obrigações sem responsabilidade (obrigações naturais – *debitum* sem *obligatio*), como as dívidas de jogo e as prestações prescritas. Por outro lado, poderá haver responsabilidade sem obrigação (*obligatio* sem *debitum*), a exemplo do que ocorre com o fiador, que poderá ser responsabilizado pelo inadimplemento de devedor, sem que a obrigação seja sua.⁴³

Segundo Maria Helena Diniz, “a fiança vem a ser a promessa, feita por uma ou mais pessoas, de garantir ou satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento”.⁴⁴

Referido contrato vincula o credor ao fiador, sendo entabulado somente entre estes, prescindindo, inclusive, conforme art. 820 do Código Civil⁴⁵, da anuência do devedor afiançado, razão pela qual é considerado um contrato interveniente.

Sobre o tema, discorreu Robert Joseph Pothier:

A fiança, além de contrato que intervém entre o fiador, e o credor para com o qual se obriga esse fiador, encerra também, frequentemente, outro contrato, que se reputa interveniente, ao menos tacitamente, entre o fiador e o devedor por quem o fiador e obrigou; e esse contrato é o contrato de mandato, o qual é considerado interveniente sempre quando é mediante o consentimento e a vontade do devedor principal que o fiador e obriga por ele, segundo esta regra de direito: *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* (L. 60, D. de Reg. Jur.) Quando a fiança foi feita sem o conhecimento do devedor que foi garantido, não se poderá reputar haver um contrato entre o fiador e esse devedor. Mas se reputará interveniente entre eles e uma espécie de quase-contrato chamado *negotiarum gestorum*.⁴⁶

Sublinha-se que, em caso de insolvência do devedor original e eventual pagamento da dívida pelo fiador, este se sub-roga na posição do

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.2, p. 10.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13-14. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, p. 575.

⁴⁵ Código Civil - Art. 820. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

⁴⁶ POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações. Tradução por Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 328.

credor, e, conseqüentemente, em todos os seus direitos contra o devedor principal. Trata-se de sub-rogação legal, prevista no art. 349, e 831 a 833 do Código Civil⁴⁷.

As principais características desta modalidade de contrato são: acessoriedade, unilateralidade, subsidiariedade e gratuidade.

Para Washington de Barros Monteiro:

Fiança é assim, antes de mais nada, obrigação acessória, que pressupõe, necessariamente, existência de outra obrigação principal, de que é garantia. Por exemplo num contrato de locação com fiança, esta é acessória daquele. Sem prova da existência do contrato principal, não se pode acionar o devedor para o cumprimento da obrigação.⁴⁸

Como destacado pelo autor, por ser um contrato acessório, a fiança não pode existir sem que haja um contrato principal, ou seja, aquele cujo adimplemento pretende garantir. Além disso, não se pode esquecer que o acessório segue o principal, logo, se o contrato principal for nulo – exceto quando a nulidade advier de incapacidade pessoal do devedor⁴⁹ – ou extinto, a fiança também o será.

No mesmo sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

A fiança tem caráter acessório e subsidiário, pois depende da existência do contrato principal e tem sua execução subordinada ao não-cumprimento deste, pelo devedor. Nula a obrigação principal, a fiança desaparece, salvo se a nulidade resultar de incapacidade pessoal do devedor. (...) Por ter caráter acessório, a fiança pode ser

⁴⁷ Código Civil - Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota. Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros.

Art. 832. O devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança.

Art. 833. O fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Direito das obrigações, 2ª parte. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 353.

⁴⁹ Código Civil - Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.

de valor inferior e contraída em condições menos onerosas do que a obrigação principal, não podendo, entretanto, ser de valor superior ou mais onerosa do que esta, porque o acessório não pode exceder o principal. Se tal acontecer, não se anula toda a fiança, mas somente o excesso, reduzindo-a ao montante da obrigação afiançada (art. 823).⁵⁰

É de suma importância esclarecer que, por ser um contrato acessório, a fiança não pode ser mais onerosa que o contrato principal, ou seja, não pode trazer mais obrigações ao fiador do que este ao devedor.

Por outro lado, *“a fiança poderá ser de valor inferior e mesmo ser contraída em condições menos onerosas do que a obrigação principal”*⁵¹.

Nesta senda, são os ensinamentos de Robert Joseph Pothier:

Resulta da nossa definição que o fiador não pode, de uma maneira válida, obrigar-se além da prestação da própria coisa pela qual se obrigou o devedor principal, ou à prestação de uma parte dessa mesma coisa (...)

Resulta desta definição que o fiador não pode se obrigar, validamente, a mais que o devedor principal está obrigado; e como nesse mais se avalia não só quantitate, mas também a die, loco, conditione, modo, resulta que o fiador não pode obrigar-se a condições mais duras que as do principal obrigado, pois a obrigação acessória não pode sobrepujar a principal mas pode, ao contrário, obrigar-se a condições menos duras (...)⁵²

A acessoriedade é característica intrínseca do contrato de fiança, seguramente uma de suas características mais marcantes, sendo, aliás, ponto inequívoco e uníssono no Direito Civil, uma vez que está, inquestionavelmente, atrelada ao contrato principal ao qual visa garantir.

A unilateralidade, por sua vez, significa que o contrato de fiança gera obrigações para apenas uma das partes envolvidas, o fiador.

Mais uma vez, válidas as palavras de Washington de Barros Monteiro:

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil: direito das obrigações: parte especial. Vol. 6, tomo I: contratos. 7ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. Coleção Sinopses Jurídicas, p. 152.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13-14. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, p. 576.

⁵² DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 330 – 331.

É também um contrato unilateral; o fiador obriga-se para com o credor, mas este nenhum compromisso assume em relação àquele. Entende Clovis que o contrato de fiança é bilateral imperfeito, porque se o fiador vier a pagar, sub-rogar-se-á nos direitos do credor primitivo, tendo ação contra o afiançado para ser ressarcido do que por causa dele dependeu, todavia, como responde Espínola, esse direito do fiador não resulta de alguma obrigação do credor e sim de dispositivo de lei.⁵³

Assim, tem-se que, apesar de figurar na relação contratual, o credor não assume nenhuma obrigação com o fiador, vindo apenas a se beneficiar da garantia prestada por este.

Quanto à subsidiariedade, prevista no art. 827 do Código Civil⁵⁴, significa dizer que, o fiador apenas será acionado, caso o devedor não cumpra sua obrigação e seja caracterizada a insolvência – exceto nos casos em que o fiador renunciou o benefício de ordem, obrigou-se como devedor solidário ou que afiançou devedor insolvente ou falido⁵⁵ – ou seja, primeiro serão executados os bens do devedor, para, depois, caso não tenham sido encontrados bens do devedor ou não sejam suficientes para saldar o débito garantido, serem executados os bens do fiador.

Como dito por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Na prática, as hipóteses mencionadas dos incisos I e II ocorrem de maneira extremamente comum. Em enorme quantidade de contratos verifica-se que, quase como uma cláusula de estilo, se promove à renúncia do benefício de ordem, figurando o fiador como devedor principal ou principal pagador, o que cria a solidariedade entre devedor e fiador⁵⁶.

A subsidiariedade advém da acessoriedade.

⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 353.

⁵⁴ Código Civil - Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor. Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

⁵⁵ Código Civil - Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador: I - se ele o renunciou expressamente; II - se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário; III - se o devedor for insolvente, ou falido.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6, tomo 2: contratos em espécie, p. 605.

Porém, segundo Robert Joseph Pothier, no antigo direito romano o contrato de fiança não era subsidiário, exceto em casos em que

(...) a demanda apresentada contra eles se refletia contra o devedor principal, o qual estava obrigado a saldá-la: *actione contraria mandati, aut negotiarum gestorum*; é por isso que, quando a demanda dada contra fiadores não pudesse ser refletida contra o devedor principal, por exemplo, porque esse fiadores o haviam garantido *donandi animo*, com protesto de não repetir nada contra o devedor principal daquilo que eles haviam se obrigado a pagar por ele, os fiadores não podiam, segundo os princípios do antigo Direito Romano, opor a exceção que nasce do contrato interveniente entre o credor e o devedor principal, porque esta convenção e a conseqüente exceção, sendo fundadas na consideração pessoal que o credor teve pelo devedor principal, a quem quis gratificar, é uma exceção *in personam*, a qual não pertence, de forma alguma aos fiadores.⁵⁷

Acrescenta, ainda, Robert Joseph Pothier⁵⁸ - engajado estudioso do direito romano -, que, segundo Cujácio, o antigo direito romano não mais poder-se-ia aplicar após a Novela de Justiniano, que concedeu aos fiadores a exceção de excussão - *beneficium ordinis* -, que nada mais é que o caráter subsidiário do contrato de fiança.

Por fim, a gratuidade significa que, tradicionalmente, o fiador não receberá nenhuma contraprestação pela garantia que está prestando - exceto em alguns casos como o de fiança prestada por instituição bancária ou ainda, fiança mercantil -, até porque, na maioria das vezes, o faz crente de que o devedor principal - o afiançado - arcará com suas responsabilidade e solverá suas obrigações.

Porém, como lembrado por Washington de Barros Monteiro, infelizmente, é comum que o fiador seja responsabilizado pelo débito do afiançado:

Já no Velho Testamento se depara com séria advertência contra o servir de fiador e num velho adágio francês se afirma: *qui cautionne paye*. É coisa rara, assevera Lomonaco, que o fiador não termine por

⁵⁷ POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações. Tradução por Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 343.

⁵⁸ POTHIER, Robert Joseph. Op. cit. p. 345.

pagar e pagar por um a pessoa que afinal o desiludiu e lhe contrariou a expectativa.⁵⁹

Sobre a gratuidade da fiança, discorre Sílvio de Salvo Venosa:

É tradicionalmente contrato gratuito no âmbito civil, pois a fiança deve ser prestada de forma desinteressada. Nada impede, porém, que o fiador seja remunerado perante o risco assumido, como ocorre, por exemplo, nas fianças bancárias e nas fianças mercantis em geral. No entanto, especificamente na fiança civil, encara-se a fiança remunerada com intuito de lucro, como negócio escuso, sem finalidade lícita (RT 438/160). Entende-se nessa hipótese que o lucro é indevido, embora essa posição seja discutível.

Em razão dessas particularidades há quem sustente que a fiança, sob tal aspecto, é contrato incolor ou neutro, porque não pode ser qualificado como gratuito ou oneroso, dependendo das circunstâncias e da natureza do negócio (Wayar, 1993:13). No entanto, como lei não proíbe que seja oneroso, resta saber se quando estabelecida remuneração continuará regido pelas normas do contrato típico do estatuto civil, ou se surge contrato atípico.

(...) Se, porém, é o credor quem paga fiança, será sem dúvida oneroso (...) Para alguns autores, essa avença se aproxima do contrato de seguro; para outros, trata-se de fiança bilateral e onerosa, porque se parte da ideia de que a gratuidade não lhe é essencial. Podemos concluir que a tradição de nosso direito encara a fiança civil como contrato gratuito, tanto que nossa tendencial jurisprudencial é reprimir a onerosidade, negando-lhe validade. Desse modo, a onerosidade na fiança torna-a contrato atípico (...)⁶⁰

Da gratuidade decorre a interpretação restritiva das obrigações do fiador, e esta, por sua vez, significa que o contrato de fiança deve ser interpretado com cautela e não extensivamente.

Cumprе salientar que por importar em responsabilização patrimonial, o fiador, se casado – exceto em regime de separação total de bens –, precisa, conforme preceitua o art. 1.647 do Código Civil⁶¹, da outorga do cônjuge, sem a qual, a fiança torna-se anulável.

⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Direito das obrigações, 2ª parte. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 352.

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2008. v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 391-392.

⁶¹ Código Civil - Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval;

Além disso, evidente que para prestar fiança, o indivíduo precisa ser capaz civilmente, nos moldes gerais dos artigos 1º ao 4º do Código Civil⁶².

Vale expor que é possível que a fiança seja prestada coletivamente, isto é, por vários fiadores. Nesse caso, os fiadores são solidários entre si – se não se reservarem o benefício de divisão⁶³ – e respondem pelo todo, ressalvado o direito de demandar cada um dos co-fiadores por suas respectivas quotas⁶⁴.

Importante salientar que fiança, apesar de ter algumas semelhanças, é diferente de aval, instituto do direito comercial, que se caracteriza como uma *“garantia aposta em título de crédito, de natureza abstrata, que tem existência autônoma”*⁶⁵.

Portanto, os institutos da fiança e aval têm distinções básicas: a fiança é contrato acessório, e, em regra, tem caráter subsidiário (benefício de ordem) enquanto o aval traz relação jurídica autônoma, traduz uma obrigação cambial e solidária.⁶⁶

⁶² Código Civil - Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

⁶³ Código Civil: Art. 829. A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão.

Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.

⁶⁴ Código Civil: Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.

Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6, tomo 2: contratos em espécie, p. 615.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. São Paulo: Método, 2012. v. único, 2. ed. ver., atual. e ampl., p. 775.

2.3 Do Contrato de locação

O contrato de locação, por sua vez, é um contrato bilateral, oneroso, comutativo, consensual, temporário, de execução continuada, geralmente paritário, nominado, impessoal, não solene e principal.

Conforme o art. 565 do Código Civil⁶⁷, o contrato de locação é aquele segundo o qual uma das partes se obriga a ceder à outra, em troca de alguma remuneração, o uso e gozo de coisa infungível.

Aqui nos concentraremos na locação imobiliária, regulada pelo Código Civil e pela Lei n. 8.245/1991 (Lei do inquilinato⁶⁸), por ser aquela vinculada ao objeto do presente estudo, a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

O contrato de locação imobiliária, assim como o de bem móvel, conforme a previsão supracitada do Código Civil, implica na entrega do bem por uma das partes à outra, para que, por tempo estipulado ou indeterminado, e em troca de uma contraprestação predeterminada, utilize e goze do bem, respeitando as limitações do contrato e conservando o bem no mesmo estado em que recebeu.

Existem três tipos de locação imobiliária – segundo a Lei n. 8.245/1990 –, são elas: residenciais, não residenciais e de temporada.

As obrigações do locador (aquele que dá a coisa em aluguel, geralmente seu proprietário ou administrador) se resumem basicamente a entregar o bem alugado ao locatário, realizar reparos básicos necessários para que o bem seja mantido em condição de uso e garantir o uso pacífico do bem.

⁶⁷ Código Civil - Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

⁶⁸ Recorda-se que, conforme o art. 1º desta lei, excluem-se de sua regência: as locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas, de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos, de espaços destinados à publicidade, em *apart-* hotéis, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar, e o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades.

Além destas obrigações, existem outras mais específicas previstas nos artigos 22 e 23 da Lei do Inquilinato⁶⁹.

⁶⁹ Art. 22. O locador é obrigado a: I - entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina; II - garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado; III - manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel; IV - responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação; V - fornecer ao locatário, caso este solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando de sua entrega, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes; VI - fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias por este pagas, vedada a quitação genérica; VII - pagar as taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador; VIII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato; IX - exhibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas; X - pagar as despesas extraordinárias de condomínio.

Parágrafo único. Por despesas extraordinárias de condomínio se entendem aquelas que não se refiram aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, especialmente: a) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas; c) obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício; d) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação; e) instalação de equipamento de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer; f) despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum; g) constituição de fundo de reserva.

Art. 23. O locatário é obrigado a: I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato; II - servir-se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu; III - restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal; IV - levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros; V - realizar a imediata reparação dos danos verificados no imóvel, ou nas suas instalações, provocadas por si, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos; VI - não modificar a forma interna ou externa do imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador; VII - entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como qualquer intimação, multa ou exigência de autoridade pública, ainda que dirigida a ele, locatário; VIII - pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto; IX - permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros, na hipótese prevista no art. 27; X - cumprir integralmente a convenção de condomínio e os regulamentos internos; XI - pagar o prêmio do seguro de fiança; XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.

1º Por despesas ordinárias de condomínio se entendem as necessárias à administração respectiva, especialmente: a) salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio; b) consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum; c) limpeza, conservação e pintura das instalações e dependências de uso comum; d) manutenção e conservação das instalações e equipamentos hidráulicos, elétricos, mecânicos e de segurança, de uso comum; e) manutenção e conservação das instalações e equipamentos de uso comum destinados à prática de esportes e lazer; f) manutenção e conservação de elevadores, porteiro eletrônico e antenas coletivas; g) pequenos reparos nas dependências e instalações elétricas e hidráulicas de uso comum; h) rateios de saldo devedor, salvo se referentes a período anterior ao início da locação; i) reposição do fundo de reserva, total ou parcialmente utilizado no custeio ou complementação das despesas referidas nas alíneas anteriores, salvo se referentes a período anterior ao início da locação.

2º O locatário fica obrigado ao pagamento das despesas referidas no parágrafo anterior, desde

Em contrapartida, o locatário deve utilizar o bem para o fim pactuado (residencial ou comercial), e findo o contrato, entregá-lo no mesmo estado em que o recebeu, e claro, pagar o aluguel nos prazos estipulados e é justamente aí que surge o problema.

Para assegurar o pagamento do aluguel, a Lei n. 8.245/1991 prevê, em seu art. 37⁷⁰, garantias como caução⁷¹, fiança, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

Porém, para a infelicidade do mercado imobiliário, a Lei n. 8.009/1990 havia instituído o bem de família legal e, conseqüentemente, lhe havia diminuído drasticamente o patrimônio penhorável do devedor em casos de eventual insolvência.

Assim, para satisfazer os anseios do mercado imobiliário, o legislador, através da Lei n. 8.245/1991, alterou a Lei n. 8.009/1990 e incluiu a fiança locatícia dentre as exceções da penhorabilidade do bem de família, provocando grande desordem legal e constitucional, o que será analisado no capítulo a seguir, conjuntamente com a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto.

que comprovadas a previsão orçamentária e o rateio mensal, podendo exigir a qualquer tempo a comprovação das mesmas.

^{3º} No edifício constituído por unidades imobiliárias autônomas, de propriedade da mesma pessoa, os locatários ficam obrigados ao pagamento das despesas referidas no § 1º deste artigo, desde que comprovadas.

⁷⁰ Lei n. 8.245/1991 - Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I - caução; II - fiança; III - seguro de fiança locatícia. IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

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

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2008. v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 162-163) entende que o legislador se refere, aqui, à caução real, uma vez que o art. 38 da referida lei dispõe que a caução poderá ser em bens móveis ou imóveis.

3 DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO

Como já dito anteriormente, a impenhorabilidade do bem de família pode ser do tipo voluntária ou legal, sendo esta última a que interessa ao presente estudo.

A impenhorabilidade legal do bem de família foi instituída pela Lei n. 8.009/1990, e é automática, independente da vontade do proprietário do bem.

Porém, como já se esclareceu no primeiro capítulo deste trabalho, existem algumas exceções à impenhorabilidade do bem de família, dentre as quais figura o bem de família do fiador em contrato de locação, que foi incluída pela Lei n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) e pode ser considerada a mais polêmica.

Pois bem, a possibilidade de se penhorar o bem de família do fiador surgiu para que não se restringisse as possibilidades de fiança em locação, *“uma vez que os fiadores deveriam apresentar patrimônio suficiente, excluindo a residência. Destarte, com a redação legal, pode o fiador ter unicamente seu imóvel residencial para garantir a obrigação locatícia”*⁷²

É aí que surge o problema. A impenhorabilidade do bem de família é um direito instituído pela Lei n. 8.009/1990 em favor de todo e qualquer cidadão brasileiro, e distinguir aqueles que prestam fiança em contratos de locação dos demais é uma afronta em diversos sentidos.

Cumprе levantar os principais pontos pertinentes a serem discutidos, tanto na esfera civil quanto na constitucional para, em seguida, discorrer sobre cada um.

Primeiramente, vale lembrar o fato de o contrato de fiança ser acessório àquele de locação, de modo que, evidentemente não pode ser mais oneroso do que aquele.

Após, recorda-se que, apesar de não eliminar o princípio contratual da autonomia da vontade, a função social do contrato, que zela por interesses

⁷² VENOSA, Sylvio de Salvo. Lei do Inquilinato comentada doutrina e prática, 10. ed. atual. De acordo com a Lei n. 12.112, de 9.12.2009. São Paulo: Atlas S.A., 2010

metaindividuais e individuais relativos à dignidade da pessoa humana, dá prevalência ao interesse público sobre o individual.

Ligado à função social, há que se destacar que um brasileiro de capacidade média, apesar de muitas vezes prestar fiança, inclusive em contratos de locação, desconhece as particularidades do contrato, bem como do instituto do bem de família, e, principalmente, o fato de o bem de família do fiador locatício ser penhorável.

Assim tem-se que a interpretação do exercício da autonomia da vontade, neste caso, deva se dar sob as luzes da função social do contrato.

Ademais, salienta-se que existem diversas outras garantias contratuais previstas pela Lei n. 8.245/1991, senão a fiança, de modo que, não sendo o único meio previsto para garantir contratos de locação, desnecessário o maior suporte dado a este meio de garantia em desfavor do único bem do fiador.

Esses são os principais pontos relativos à ilegalidade civil e que conformam uma total incongruência com o sistema jurídico nacional vigente.

Além dessas questões, existem aquelas constitucionais. Afinal, a Lei n. 8.245/1991 é lei infraconstitucional e, portanto, não pode contrariar a Constituição Federal, que naturalmente é superior a ela.

Destaca-se que a Constituição Federal tem como pedra fundamental os direitos à igualdade e à dignidade humana – assuntos abordados no primeiro capítulo, ambos relacionados ao direito à moradia e logo, também à impenhorabilidade do bem de família.

Acrescenta-se que, em fevereiro de 2000, o direito à moradia foi incluído pela Emenda Constitucional n. 26 entre os direitos sociais garantidos constitucionalmente.

Apesar de todas as questões levantadas, o Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário⁷³ julgado em fevereiro de 2006, decidiu pela constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/1990, com a redação da Lei n. 8.245/1991 e assim manteve a exceção à impenhorabilidade do bem de família nos casos de fiança prestada em contrato de locação.

⁷³ Recurso Extraordinário n. 407.688-8 de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>> Acesso em: 27 de janeiro de 2013.

Cumpra analisar pontualmente cada uma das questões levantadas, bem como discorrer acerca da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal.

3.1 Das questões civis

Primeiramente, cabe fazer uma análise dos pontos que tornam a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação ilegal, contrária ao sistema jurídico vigente.

3.1.1 Do caráter acessório do contrato de fiança, inclusive em casos de fiança de contrato de locação

Como já dito no segundo capítulo, uma das características mais marcantes do contrato de fiança, senão a mais, é a acessoriedade. Isto significa que o contrato de fiança não existe sem que haja um contrato principal ao qual está vinculado e do qual depende sua existência.

Da acessoriedade da fiança decorre que o contrato acessório não pode ser mais oneroso que o principal. Isto é, o fiador jamais poderá ser obrigado a prestação maior que o afiançado, que é o devedor do contrato principal.

No caso de interesse no presente trabalho, a fiança está ligada ao contrato de locação, e serve para lhe garantir o devido adimplemento.

Nesse casos, a fiança se refere aos deveres do locatário, que na maioria das vezes se resumem basicamente ao pontual pagamento do aluguel e de verbas acessórias, bem como do ressarcimento de eventuais danos causados ao imóvel.

Caso o locatário, que é o devedor principal, não cumpra com suas obrigações, o locador deve mover ação de despejo cumulada com a cobrança dos valores inadimplidos para ver ser adimplido o débito.

Em caso de execução, o devedor responderá pelo débito com a totalidade de seu patrimônio, excluído, porém, o seu bem de família.

O bem de família, no referido caso, poderá ser tanto o legal quanto o voluntário – evidentemente que aqui entra a vênia do art. 2º da Lei n.

8.009/1990 de que não serão considerados impenhoráveis os adornos suntuosos⁷⁴. Porém, o bem de família legal é o mais comum, uma vez que, conforme já explicado no primeiro capítulo, o bem de família voluntariamente instituído, devido seu procedimento complicado e burocrático, não foi muito difundido.

O bem de família legal, instituído pela Lei n. 8.009/1990⁷⁵, é o imóvel residencial familiar e não pode ser penhorado, exceto em alguns casos.

Assim, o locatário, ainda que inadimplente com suas obrigações locatícias, caso possua apenas o imóvel residencial onde vive com sua família ou do qual tire sua subsistência⁷⁶, não terá seu bem penhorado e o fiador será responsabilizado pelo débito.

Por outro lado, quando da execução dos bens do fiador, o bem de família deste não goza da mesma impenhorabilidade que o do locatário, uma vez que a fiança em contrato de locação figura dentre aqueles casos excepcionais de penhorabilidade do bem de família do art. 3º da Lei n. 8.009/1990. *In verbis*:

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

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

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

⁷⁴ Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

⁷⁵ Lei 8.009/1990: 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.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça. Informativo n. 0191 de 10 a 14 de novembro de 2003: "IMÓVEL ALUGADO. SUBSISTÊNCIA. FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. O único imóvel residencial, mesmo que alugado, não perde sua característica de bem de família, se a renda dessa locação destina-se à subsistência da família. (...) Assim, aplica-se o art. 1º da Lei n. 8.009/1990, que veda a penhora do bem de família. Precedentes citados: REsp 159.213-ES, DJ 21/6/1999, e REsp 98.958-DF, DJ 16/12/1996. REsp 439.920-SP, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 11/11/2003."

Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=bem+de+familia+alugado&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>> Acesso em: 28 de janeiro de 2013.

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Daí conclui-se que a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício torna o contrato de fiança – prestada em contrato de locação – em obrigação mais onerosa que aquela assumida no próprio contrato de locação, que é o contrato principal, o que é totalmente contra a normativa civil vigente e, portanto, ilegal, uma vez que desvirtua o conceito de contrato acessório.

Acerca da questão, Robert Joseph Pothier:

Questiona-se se a fiança é inteiramente nula, quando o fiador se obriga a mais que o devedor principal, ou se é nula somente quando a obrigação excede a obrigação principal. Parece que o jurisconsultos romanos pensavam ser ela inteiramente nula, ainda que Dumoulin (ad. L. 51, *si stipulandi*, § *sed similis*, §§30 e segs.) desejasse afirmar o contrário (...)

A razão que apresenta Connanus (*Com. Juv.*, nº 68), do porquê deste modo de sentir dos jurisconsultos romanos, é que, sendo a fiança essencialmente uma obrigação acessória da obrigação principal, e sendo da essência de uma obrigação acessória não conter nada a mais do que aquilo que contenha a principal, uma fiança pela qual alguém se obriga a maior peca em sua forma essencial, e deve, por conseguinte, ser declarada absolutamente nula.⁷⁷

Segundo o autor, o excesso, ou seja, o que for além da obrigação principal, a que se obriga o fiador, deve ser declarado nulo, uma vez que descaracteriza a forma essencial da fiança, entendimento do qual se partilha.

Isto, aplicado à situação estudada resultaria, naturalmente, na exclusão da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, de modo que a obrigação deste, de caráter acessório deixaria de ser mais onerosa que a do próprio locatário, e assim a ordem civil seria mantida.

⁷⁷ POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações. Tradução por Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 334-335.

3.1.2 Da função social dos contratos na análise da penhorabilidade do bem de família do fiador

Como já destacado e esclarecido no segundo capítulo, a função social do contrato serve como limite da autonomia da vontade em favor do interesse público sobre o individual, traduz o princípio da supremacia da ordem pública e está expressa no art. 421, do Código Civil⁷⁸.

No dizeres de Glauber Moreno Talavera:

A função social, que significava a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como a magnitude do proveito coletivo em detrimento do meramente individual, é fenômeno massivo que, modernamente, inspira todo o nosso ordenamento jurídico, rompendo com o padrão retributivo contido no brocardo *suun cuique tribuere* – “dar a cada um o seu”, e tentando fundar as bases de uma justiça de natureza mais distributiva; nos termos concebidos por Hegel, promove a inclusão social dos excluídos e, nesse mister, diligência para o cumprimento de um dos objetivos principais da República Federativa do Brasil, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. (...)

A função social do contrato exprime a necessária harmonização dos interesses privativos do contraentes com os interesses de toda a coletividade; em outras palavras, a compatibilização do princípio da liberdade com o da igualdade, vez que, para o liberal, o principal é a expansão da personalidade individual e, para o igualitário, é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares.

A única forma de igualdade que é compatível com a liberdade tal como compreendida pela doutrina liberal é a igualdade na liberdade, que tem como corolário a idéia de que cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros ou, como apregoava antevendo essa dificuldade de compatibilização, o aristocrata francês Charles-Louis de Secondat, conhecido como Barão de La Brède e de Montesquieu, em seu clássico *Do Espírito das Leis*: A liberdade é o direito de fazer tudo p que as leis permitem.

⁷⁹ (grifou-se)

Portanto, como princípio constitucional-civil que é, a função social visa amenizar as desigualdades sociais que se refletem nas relações contratuais. E é justamente sob sua luz que deve ser analisada a questão da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

⁷⁸ Código Civil - Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁷⁹ TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no Código Civil. R. CEJ, Brasília, n. 19, p. 94-96, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo11.pdf>> Acesso em: 27 de janeiro de 2013.

Limita a autonomia da vontade justamente para proteger os hipossuficientes. Porém, para que exista uma vontade autônoma é necessário que aquele que a expressa tenha pleno conhecimento daquilo que faz, isso é, daquilo que exprime.

Infelizmente, hoje, no Brasil, a taxa de analfabetismo entre pessoas com mais de 15 anos de idade é de 8,6% (12,9 milhões de analfabetos), sendo que no Nordeste brasileiro chega a 16,9% (6,8 milhões de analfabetos)⁸⁰, de modo que, grande parcela da população, apesar de assumir obrigações de fiador, não sabe quais são as consequências dessa responsabilidade.

Caso não se interprete a autonomia da vontade sob as luzes da função social, se correrá o sério risco de pôr em prática uma teoria da autonomia da vontade fictícia, uma vez que, a maioria das pessoas que assume obrigações de fiador em contrato de locação, não sabe das obrigações a que se está comprometendo e muito menos, que está abrindo mão da impenhorabilidade de seu bem de família.

Aliás, esse foi o resultado de uma pequena pesquisa informal realizada na cidade de Florianópolis, em janeiro de 2013⁸¹, na qual 8,1% das pessoas entrevistadas sequer sabiam o que era contrato de fiança. Dentre as demais entrevistadas – 91,9% –, que sabiam o básico acerca do instituto, 35,1% (gráfico 1) já haviam figurado como fiador em algum contrato – geralmente em contrato de locação.

Por fim, quando perguntado aos entrevistados que já haviam prestado fiança em contrato de locação – 24,3% dos entrevistados –, se sabiam que, naquele caso específico de contrato de locação, seu bem de família poderia ser penhorado para adimplir obrigações em aberto do locatário, enquanto o bem de família deste seria impenhorável, 77,7% (gráfico 2), isso é, a grande maioria, desconhecia o fato.

Dentre os entrevistados, a maioria, 54%, tinha nível superior de escolaridade (gráfico 3), seguidos por 29,7%, que tinha nível médio, e 16,3%, com nível básico.

⁸⁰ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio, 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2222&id_pagina=1> Acesso em: 29 de janeiro de 2013.

⁸¹ Pesquisa realizada informalmente por Paula Nascimento Cordeiro e colaboradores através de entrevista com familiares e pessoas aleatórias – no total de 37 pessoas.

Seguem os gráficos referentes à pesquisa:

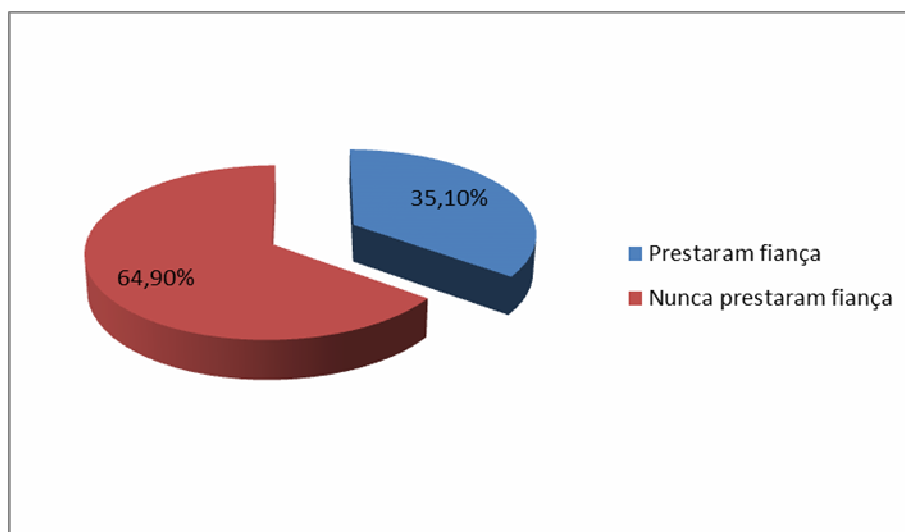


Gráfico 1 – Percentual de pessoas que já foram fiadoras em algum contrato.

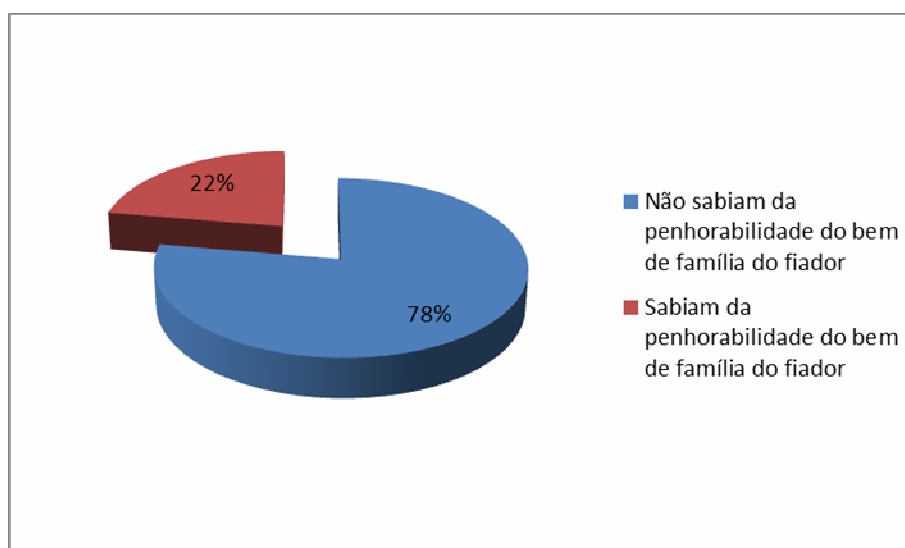


Gráfico 2 – Percentual de pessoas que desconheciam a penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação.

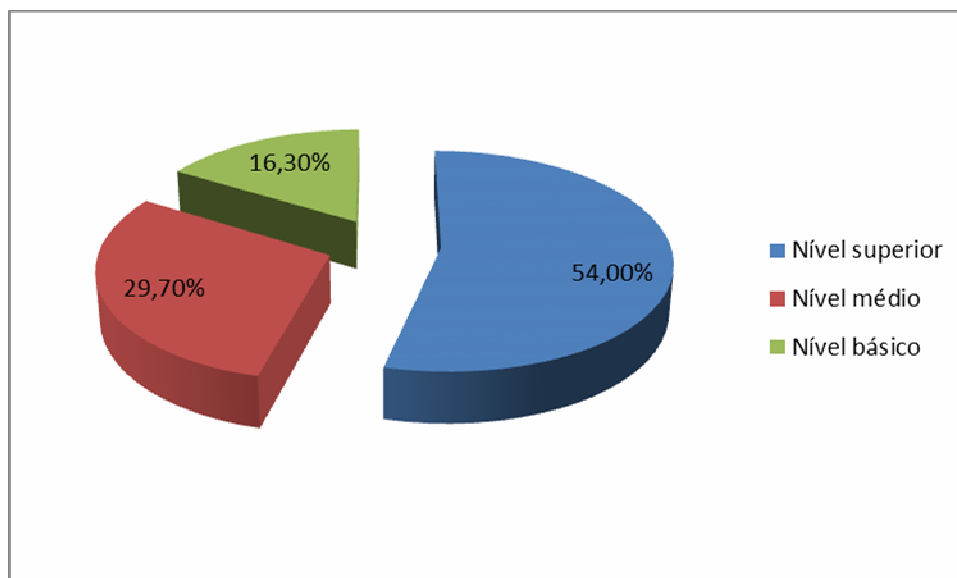


Gráfico 3 – Nível de escolaridade dos entrevistados.

Portanto, os dados apresentados confirmam a necessidade da aplicação do princípio da função social também na interpretação da autonomia da vontade, uma vez que a situação da educação e da informação no país é precária e muitas pessoas, como demonstrado, assumem encargos que desconhecem.

3.1.3 Da existência de outros meios de garantias ao contrato de locação

Além da fiança ou caução fidejussória, o contrato de locação pode ser garantido por diversos outros meios previstos no art. 37⁸², da Lei n. 8.245/1991 (lei do inquilinato), tais quais: caução, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

Apesar de a fiança ser o meio mais difundido de garantia em contrato de locação, as outras garantias possíveis são bastante viáveis e não implicam no envolvimento de uma terceira pessoa alheia ao contrato.⁸³

⁸² Lei 8.245/1991 - Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I - caução; II - fiança; III - seguro de fiança locatícia; IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)
Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

⁸³ Aqui, considera-se a pessoa física, já que no caso de seguro de fiança locatícia será envolvida a seguradora, que é pessoa jurídica.

Cumpra fazer um breve esclarecimento acerca de cada uma das garantias previstas pelo art. 37 da Lei n. 8.245/1991.

A caução, conforme o art. 38 da mesma lei, pode ser tanto de bens móveis quanto imóveis, bem como em dinheiro. *In verbis*:

Art. 38. A caução poderá ser em bens móveis ou imóveis.

§ 1º A caução em bens móveis deverá ser registrada em cartório de títulos e documentos; a em bens imóveis deverá ser averbada à margem da respectiva matrícula.

§ 2º A caução em dinheiro, que não poderá exceder o equivalente a três meses de aluguel, será depositada em caderneta de poupança, autorizada, pelo Poder Público e por ele regulamentada, revertendo em benefício do locatário todas as vantagens dela decorrentes por ocasião do levantamento da soma respectiva.

§ 3º A caução em títulos e ações deverá ser substituída, no prazo de trinta dias, em caso de concordata, falência ou liquidação das sociedades emissoras.

Da leitura do artigo de lei depreende-se que esta modalidade de garantia prevê um procedimento a ser seguido, bem como o limite ao valor máximo de três meses de aluguel.

O seguro de fiança locatícia nada mais é que um contrato de seguro comum, no qual o segurado, no caso locatário, paga um valor habitual à seguradora, que em troca, compromete-se a cobrir eventual inadimplência do locatário ao locador.

A cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, incluída entre as garantias locatícias pela Lei n. 11.196/2005, é uma garantia segundo a qual, quotas de fundo de investimento do locatário são transferidas ao locador em caso de mora, situação em que o locador deverá requerer

à instituição financeira administradora do fundo, ou ao agente fiduciário, que lhe transfira, em caráter pleno, exclusivo e irrevogável, as cotas que sejam suficientes para a quitação da dívida, sem prejuízo da ação de despejo e da demanda, pelos meios próprios, da diferença eventualmente existente, nos casos em que a garantia não seja suficiente⁸⁴,

⁸⁴ KIM, Felipe; e ALCÂNTARA, Diana. Fundos de investimento para garantia locatícia. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI26457,61044-Fundos+de+investimento+para+garantia+de+locacao+imobiliaria>> Acesso em: 29 de janeiro de 2013.

O procedimento para instituição desses fundos de investimentos para garantia locatícia está previsto no art. 88 da Lei nº. 11.196/2005.⁸⁵

Além das formas de garantia expostas, existe, ainda, conforme o art. 42 da Lei n. 8.245/1991⁸⁶, caso o contrato de locação não esteja garantido por nenhuma das modalidades do art. 37, a possibilidade de se cobrar o aluguel antecipadamente.

Expostas as questões civis que demonstram a ilegalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, bem como meios alternativos à fiança, na garantia dos contratos, passa-se à análise das questões constitucionais mais relevantes.

⁸⁵ Art. 88. As instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM para o exercício da administração de carteira de títulos e valores mobiliários ficam autorizadas a constituir fundos de investimento que permitam a cessão de suas quotas em garantia de locação imobiliária.

§ 1º-A cessão de que trata o caput deste artigo será formalizada, mediante registro perante o administrador do fundo, pelo titular das quotas, por meio de termo de cessão fiduciária acompanhado de 1 (uma) via do contrato de locação, constituindo, em favor do credor fiduciário, propriedade resolúvel das quotas.

§ 2º-Na hipótese de o cedente não ser o locatário do imóvel locado, deverá também assinar o contrato de locação ou aditivo, na qualidade de garantidor.

§ 3º-A cessão em garantia de que trata o caput deste artigo constitui regime fiduciário sobre as quotas cedidas, que ficam indisponíveis, inalienáveis e impenhoráveis, tornando-se a instituição financeira administradora do fundo seu agente fiduciário.

§ 4º-O contrato de locação mencionará a existência e as condições da cessão de que trata o caput deste artigo, inclusive quanto a sua vigência, que poderá ser por prazo determinado ou indeterminado.

§ 5º-Na hipótese de prorrogação automática do contrato de locação, o cedente permanecerá responsável por todos os seus efeitos, ainda que não tenha anuído no aditivo contratual, podendo, no entanto, exonerar-se da garantia, a qualquer tempo, mediante notificação ao locador, ao locatário e à administradora do fundo, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

§ 6º-Na hipótese de mora, o credor fiduciário notificará extrajudicialmente o locatário e o cedente, se pessoa distinta, comunicando o prazo de 10 (dez) dias para pagamento integral da dívida, sob pena de excussão extrajudicial da garantia, na forma do § 7º deste artigo.

§ 7º-Não ocorrendo o pagamento integral da dívida no prazo fixado no § 6º deste artigo, o credor poderá requerer ao agente fiduciário que lhe transfira, em caráter pleno, exclusivo e irrevogável, a titularidade de quotas suficientes para a sua quitação, sem prejuízo da ação de despejo e da demanda, por meios próprios, da diferença eventualmente existente, na hipótese de insuficiência da garantia.

§ 8º A excussão indevida da garantia enseja responsabilidade do credor fiduciário pelo prejuízo causado, sem prejuízo da devolução das quotas ou do valor correspondente, devidamente atualizado.

§ 9º O agente fiduciário não responde pelos efeitos do disposto nos §§ 6º e 7º deste artigo, exceto na hipótese de comprovado dolo, má-fé, simulação, fraude ou negligência, no exercício da administração do fundo.

§ 10. Fica responsável pela retenção e recolhimento dos impostos e contribuições incidentes sobre as aplicações efetuadas nos fundos de investimento de que trata o caput deste artigo a instituição que administrar o fundo com a estrutura prevista neste artigo, bem como pelo cumprimento das obrigações acessórias decorrentes dessa responsabilidade.

⁸⁶ Art. 42. Não estando a locação garantida por qualquer das modalidades, o locador poderá exigir do locatário o pagamento do aluguel e encargos até o sexto dia útil do mês vincendo.

3.2 Das questões constitucionais

Não é nenhuma novidade que a Constituição Federal, como norma fundamental que é, é lei hierarquicamente superior às demais, as quais por ela devem ser pautadas e delimitadas, de modo que são menos vinculantes que aquela.

A respeito da matéria, ensina André L. Borges Netto⁸⁷:

Constituição, portanto, vista como documento jurídico que abriga no seu seio as normas supremas da comunidade, por ser documento jurídico que contém normas superiores às demais, que submete governantes e governados ao seu império, servindo de limite jurídico ao Poder, vem a ser, na definição abrangente de Dalmo de Abreu Dallari, "a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo". Assim, por conter normas que dão estrutura (organização) ao Estado, normas que estabelecem a forma de elaboração das outras normas e que fixam os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, é que a Constituição passa a ser reconhecida como Lei Fundamental, por ser a base de todo o direito positivo da comunidade que a adote, em especial naqueles países que possuem um sistema jurídico baseado na lei escrita, sobrepondo-se aos demais atos normativos por estar situada no vértice da pirâmide jurídica que representa idealmente o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado espaço territorial. Um ponto é certo: a Constituição é o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou a ordem jurídica fundamental da comunidade, como diz Konrad Hesse, acrescentando, ainda, que "a Constituição estabelece os pressupostos da criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando amplamente seu conteúdo, se converte em elemento de unidade do ordenamento jurídico da comunidade em seu conjunto, no seio do qual vem a impedir tanto o isolamento do Direito Constitucional de outras parcelas do Direito como a existência isolada dessas parcelas do Direito entre si mesmas". (...) É o que, com palavras bem mais precisas e elegantes, tem ensinado nosso mestre Celso Ribeiro Bastos, ao analisar a questão da inicialidade fundamentante das normas constitucionais: "Como sobejamente conhecido, as normas constitucionais fundam o ordenamento jurídico. Inauguram a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põem como suporte de validade de todas as demais regras de direito. São normas originárias, fundamentantes e referentes, enquanto que as demais se posicionam, perante elas, como derivadas, fundamentadas e referidas. Aquelas de hierarquia superior, e estas, logicamente de menor força vinculatória".

Com a Lei n. 8.245/1991 não é diferente, de modo que não há dúvida de que esta, no confronto com a Constituição Federal deva ser

⁸⁷ BORGES NETTO, André L.. A Supremacia hierárquica das normas constitucionais. Jus Brasil. Disponível em: < <http://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645614/a-supremacia-hierarquica-das-normas-constitucionais>> Acesso em 28 de janeiro de 2013.

derrogada no que tange à possibilidade de penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, uma vez que esta viola diretamente princípios e direitos constitucionais.

Afinal,

Pelo princípio da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente em contrariedade com a Constituição. Efetivamente, as normas anteriores e contrárias ao novo comando constitucional são ditas não recepcionadas, ficando revogadas. Já as normas posteriores que venham de encontro à Constituição devem, através do processo de controle de constitucionalidade, ser declaradas nulas e assim extirpadas do ordenamento jurídico.

Ainda, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição, não pode o legislador ordinário deturpar, burlar ou prejudicar o sentido e alcance da norma constitucional.⁸⁸

Dito isto, veja-se porque a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, prevista pela Lei n. 8.245/1991, viola preceitos constitucionais.

3.2.1 Desrespeito ao princípio da isonomia

Como já explicado no primeiro capítulo, o princípio da isonomia implica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças.

No caso do locatário e do fiador do contrato de locação não é diferente, ambos tem obrigações originadas do mesmo contrato, bem como possuem amparo na mesma Constituição Federal de modo que, tanto a lei, quanto a situação jurídica em questão são similares, devendo também sê-lo o direito à impenhorabilidade do bem de família previsto na Lei n. 8.009/1990.

No mesmo sentido, entende Pablo Stolze Gagliano:

“Não ignorando que o fiador possa obrigar-se solidariamente, o fato é que, na sua essência, a fiança é um contrato meramente acessório, pelo qual um terceiro (fiador) assume a obrigação de pagar a dívida, se o devedor principal não o fizer.

Mas seria razoável garantir o cumprimento desta obrigação (essencialmente acessória) do fiador com o seu único bem de família? Seria essa norma constitucional?

Partindo da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica – o contrato de locação –, não é justo que o garantidor responda com seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário. Isto é, se

⁸⁸ Direito Constitucional. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/direito-constitucional>> Acesso em: 28 de janeiro de 2013.

o inquilino, fugindo de suas obrigações, viajar para o interior da Bahia e comprar um único imóvel residencial, este seu bem será impenhorável, ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio bem de família perante o locador que não foi pago.

A luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil –, **parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia, insculpido ni art. 5o, da Constituição Federal, uma vez que trata de forma desigual o locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação.**

Lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 407.688/SP, pondo por terra belíssimo entendimento exarado anteriormente, em decisão monocrática, pelo Min. Carlos Velloso, firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, na locação, no que vem sendo acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça.”⁸⁹ (grifou-se)

Portanto, sem maiores delongas, já que a questão da isonomia foi suficientemente tratada anteriormente, para que não haja afronta ao princípio isonômico, tanto o locatário quanto o fiador devem ser responsabilizados na mesma medida, de modo que se a impenhorabilidade do bem de família é a regra para o locatário, também deverá sê-lo para o seu fiador.

3.2.2 Desrespeito à dignidade humana no que tange ao direito de moradia

O direito à moradia, como já destacado, incluído pela Emenda Constitucional n. 26, no art. 6º, da Constituição Federal entre os direitos sociais, além de sua extensão como direito fundamental de segunda dimensão, deve ser considerado, também, como direito fundamental de primeira dimensão, uma vez que está intrinsecamente ligado com a dignidade humana e também, ao direito de propriedade privada.

Segundo George Marmelstein Lima⁹⁰, os direitos fundamentais não devem sequer ser classificados em gerações/dimensões, e sim considerados como pertencentes, simultaneamente, a diversas gerações de direitos fundamentais:

(...) a doutrina continua incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dada

⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 592-595.

⁹⁰ LIMA, George Marmelstein. Crítica à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais#ixzz2JUgprN7V>> Acesso em: 30 de janeiro de 2013.

dimensão, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Na verdade, não é adequado nem útil dizer, por exemplo, que o direito de propriedade faz parte da primeira dimensão. Também não é correto nem útil dizer que o direito à moradia é um direito de segunda dimensão.

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica.

Portanto, o fiador, assim como o locatário que tem seu contrato de locação por ele garantido, tem o seu direito de moradia garantida constitucionalmente.

Uma alternativa para que o direito de moradia do fiador não fosse ferido e nem o mercado imobiliário abalado pela impenhorabilidade do bem de família do fiador seria que, para figurar como fiador, fosse obrigatória a propriedade de algum bem, além do bem de família. Dessa forma, o fiador responderia pela obrigação afiançada e não teria seu direito constitucional violado.

3.3 Recurso Extraordinário n. 407.688-8⁹¹

O referido recurso trata da questão acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação ser ou não constitucional depois da Emenda Constitucional n. 26, que incluiu o direito à moradia entre os direitos sociais, requerendo, por fim, o provimento do recurso para ser considerada inconstitucional a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

A decisão foi majoritária pelo desprovimento do recurso.

Cumpra aqui fazer algumas breves ponderações acerca da referida decisão.

⁹¹ Supremo Tribunal Federal. RE 407.688-8 de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>> Acesso em: 27 de janeiro de 2013.

3.3.1 Voto do relator, Min. Cezar Peluso: desprovimento do recurso

Em seu voto⁹², o relator, Min. Cezar Peluso, entendeu que o direito à moradia, que figura entre os direitos sociais e por isso caracteriza um direito à prestação, pode ser concretizado pelo Estado por outras várias maneiras, razão pela qual, a penhorabilidade do bem de família do fiador não confrontaria a Constituição Federal. *In verbis*, trecho do voto do Min. Cezar Peluso:

Daí se vê logo que 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, implementando 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.

Da análise de referido trecho não há como não se notar uma relativização do direito à moradia, que figura dentre os direitos humanos mais importantes, em prol da ordem imobiliária.

Isto significa a flexibilização de um direito constitucional em favor de relações contratuais privadas, o que é totalmente contra os princípios constitucionais, desvirtuando, inclusive, a função social do contrato.

Ademais, há que se salientar que a fiança, como já explicado no capítulo anterior, não é o único meio de garantir o contrato de locação, de modo que a impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício não afetaria tão drasticamente o mercado imobiliário, e ainda que o fizesse, não seria razoável manter a penhorabilidade apenas para saciar os ensejos do mercado imobiliário.

Após, acrescenta o Ministro:

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos na 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 licitamente 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

⁹² Supremo Tribunal Federal. RE 407.688-8 de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>> Acesso em: 27 de janeiro de 2013.

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

Ora, facilitar a celebração de contratos de aluguel às custas do direito de moradia do fiador seria forçá-los a fomentar o mercado de locação com seus próprios bens de família, algo absolutamente desproporcional e contra o princípio da isonomia.

Finaliza seu voto com referência ao princípio isonômico:

Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações factuais e de vocações normativas – a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito –, como porque, como bem observou JOSÉ EDUARDO FARIA, ‘os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios’

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição –, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperá o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

Não se olvida que os direitos sociais não configuram um direito a igualdade. Tratam-se de direitos diferentes, um que é direito fundamental de primeira geração, o direito à igualdade e outro, que é direito fundamental de segunda geração, que é o direito social à moradia.⁹³

Destaca-se que apesar de constituírem direitos sociais de gerações diferentes, um não é superior hierarquicamente ao outro. Aliás, se fosse para haver alguma hierarquia entre ambos, não há dúvidas de que o direito a igualdade sobreporia o direito à moradia, por uma questão de lógica, um vem antes do outro, inclusive historicamente.

⁹³ A diferença entre os direitos fundamentais de primeira e segunda geração já foi esclarecida no primeiro capítulo.

É de se acrescentar que alguns autores acreditam que por não ter direitos de primeira geração bem consolidados, alguns países atribuem baixa carga normativa aos direitos de segunda geração.

Foi citado, inclusive, por George Marmelstein Lima, o exemplo dos Estados Unidos da América, país em que, apesar de ser desenvolvido, “*ainda não se aceita pacificamente a idéia de que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais(...)*”⁹⁴.

Portanto, não há que se confundir o direito à igualdade com direitos sociais.

3.3.2 Voto do Min. Eros Grau: provimento do recurso

O Min. Eros Grau, em seu voto, entendeu que a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação afronta a isonomia:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometido no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em um 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.

(...)

A afronta à isonomia parece-me evidente.⁹⁵

Finalizou discorrendo a respeito da afirmação de que o art. 6º da Constituição Federal teria caráter programático.

⁹⁴ LIMA, George Marmelstein. Crítica à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais#ixzz2JUgprN7V>> Acesso em: 30 de janeiro de 2013.

⁹⁵ Supremo Tribunal Federal. RE 407.688-8 de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>> Acesso em: 27 de janeiro de 2013.

Disse que “os textos da Constituição são dotados de eficácia normativa vinculante”⁹⁶ e que, não fosse assim, “bastaria a omissão do Poder Legislativo, para que o preceito constitucional fosse retirado de vigência.”⁹⁷, de modo que independentemente de estar entre as normas consideradas de caráter programático, deve ser respeitada. “Mesmo porque aqui não há nenhuma prestação efetiva do Estado que dependa da disponibilidade de recursos materiais, para que o preceito constitucional possa ser efetivado.”⁹⁸

Entre outras anotações, acrescentou, com razão, que o forte impacto no mercado das locações imobiliárias não são suficientes para afastar a incidência de preceitos constitucionais como o do art. 6º e a isonomia.

3.3.3 Voto do Min. Joaquim Barbosa: desprovimento do recurso

O Min. Joaquim Barbosa entendeu que o conflito travado no caso em questão se dá entre o direito à moradia, que é direito social, e o direito à liberdade, no alcance da autonomia da vontade.

Disse:

Sustenta-se que essa penhora seria contrária ao disposto na Constituição Federal, sobretudo após a Emenda Constitucional 26, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição.

Entendo, porém, que esse não deve ser o desenlace da questão. 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 (...) (grifou-se)

Por fim, o Ministro votou pelo desprovimento do recurso.

Ocorre que o Ministro esqueceu de levar em consideração que, quando se trata da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, não estão em jogo apenas o direito à moradia do locatário e o direito à liberdade e

⁹⁶ Supremo Tribunal Federal. RE 407.688-8 de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>> Acesso em: 27 de janeiro de 2013.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

autonomia da vontade do fiador, mas também o direito à moradia do fiador, o princípio da isonomia, já que tanto a obrigação do locatário quanto a do fiador tem a mesma origem (contrato de locação).

Além disso, como já se discorreu no subitem 3.1.2 deste capítulo, a autonomia da vontade deve ser interpretada sob a égide da função social do contrato e não só.

3.3.4 Voto do Min. Carlos Britto: provimento do recurso

O ministro começou seu voto se referindo ao substantivo “moradia”, que segundo ele, aparece na Constituição em três oportunidades: no art. 6º, como direito social, no art. 7º, incluído entre as necessidades vitais básicas bem como no art. 23, IX, como política pública, inserida no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios.

Daí, concluiu objetivamente que, por ser considerada necessidade vital, o direito à moradia se torna indisponível e não pode sofrer penhora em contrato de fiança, razão pela qual, acompanhou o Ministro Eros Grau e votou pelo provimento do recurso.

Nota-se que a referência ao art. 23 da Constituição Federal se encaixou perfeitamente com os dizeres do Min. Eros Grau que, em dado momento, disse: *“Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais.”*⁹⁹

3.3.5 Voto do Min. Celso de Mello: provimento do recurso.

Citando voto do Min. Carlos Velloso, no RE 352.940, de São Paulo, no qual se reconheceu a impenhorabilidade do único imóvel residencial do fiador locatário, disse:

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 meramente subsidiário (CC, art. 827) – possa sofrer a

⁹⁹ Supremo Tribunal Federal. RE 407.688-8 de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>> Acesso em: 27 de janeiro de 2013.

penhora de seu único imóvel residencial, dá 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 mesma constrição judicial obre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino.

Assim, tendo acrescentado que o fiador não teria o direito de regresso proporcional à prestação que pagou, acompanhou os votos dos Min. Eros Grau e Carlos Britto, decidindo pelo provimento do recurso.

No mais, os Min. Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, assim como o Presidente, Min. Nelson Jobim, sem maiores divagações, acompanharam o voto do relator pelo desprovimento do recurso.

Exposta a decisão do Supremo Tribunal Federal e suas razões, bem como as ponderações a ela pertinentes, conclui-se pela inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

Espera-se que, futuramente, numa possível reanálise da matéria, o Supremo Tribunal Federal mude seu entendimento acerca do assunto e decida pela inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

CONCLUSÃO

Exposta a pesquisa e tecidas diversas considerações sobre aspectos civis e constitucionais da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, é possível chegar a algumas conclusões.

O tema, apesar de já ter sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não é pacífico, tendo, inclusive, havido votos divergentes no referido julgamento (RE 407.688-8).

A divergência existiu e persiste em diversos debates travados entre juristas porque o tema envolve direitos constitucionais e civis, simultaneamente, de modo que é necessária a ponderação entre os mesmos.

Não há dúvida de que, quando opta por figurar num contrato de fiança, o fiador assume responsabilidades e manifesta seu livre-arbítrio, a autonomia de sua vontade.

Porém, como visto, a autonomia da vontade deve ser interpretada sob as luzes da função social do contrato, que protege os menos favorecidos e visa equilibrar os interesses na sociedade.

Além disso, deve-se recordar que o contrato de fiança não pode ser mais oneroso que o contrato principal, de modo que, se a regra é a impenhorabilidade do bem de família, não pode o fiador ser mais onerado que o locatário simplesmente pela posição contratual assumida ao prestar a fiança.

Essa onerosidade excessiva se reflete, também, na esfera constitucional, na qual viola o princípio da isonomia, uma vez que distingue o tratamento dado ao fiador e locatário, que tem obrigação oriunda do mesmo contrato de locação e acabam tendo tratamentos totalmente díspares, uma vez que o locatário tem, através da impenhorabilidade conferida ao seu bem de família, a dignidade humana protegida, mesmo sendo o devedor principal, enquanto o fiador, não.

Diante dessas ponderações, conclui-se que, não se pode conciliar a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício com a Constituição Federal e a lei civil brasileira, de modo que o único caminho é declarar a inconstitucionalidade da lei que instituiu a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício e assim manter íntegros o princípio isonômico constitucional, bem como outros direitos e premissas legais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui, *Oração aos moços*, edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 1999, p. 26. Disponível em:

<http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf> Acesso em: 2 janeiro 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. (coord.). *Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão*. Rio de Janeiro: Forense universitária; São Paulo: ANDHEP, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009.

BORGES NETTO, André L. *A Supremacia hierárquica das normas constitucionais*. Jus Brasil. Disponível em: < <http://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645614/a-supremacia-hierarquica-das-normas-constitucionais>> Acesso em: 28 janeiro 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 16 janeiro 2013.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 29 janeiro 2013.

_____. Decreto nº 65.810. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:Md_vTcBznBMJ:www.iadb.org/research/legislacionindigena/leyn/docs/Bra-Bra-Decreto-65810-69-Convenio-Discriminacion-Racial-l.doc+&hl=pt-BR&pid=bl&srcid=ADGEESjLxIYdw-sLhAVtDfCAIEG-jS6PoBff3LQMyEJeyHQ7OdKObS8DGIhndbtp3RR3fOi8llcn_RBgXSexvFYqox ywNuA1WJAyNIhq7ugyOvuudEgC7J8i8tZxgw20UtqR0Kk0L4Zu&sig=AHIEtbTM8OEdMhIR_XSdD2u5HcAhQB0D0A> Acesso em: 16 janeiro 2013.

_____. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 16 janeiro 2013.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 janeiro 2013.

_____. LEI 8.009/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em: 30 janeiro 2013.

_____. LEI 8.245/1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm> Acesso em: 31 janeiro 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13-14. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Obrigações*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito das obrigações: parte especial*. Vol. 6, tomo I: contratos. 7ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. Coleção Sinopses Jurídicas, p. 13.

HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10149/o-bem-de-familia-a-fianca-locaticia-e-o-direito-a-moradia/5#ixzz2Gb8DcPe9>> Acesso em: 2 janeiro 2013.

INÁCIO, Alice Koerich. *Proteção do consumidor contra cláusulas abusivas: limites e aplicação da súmula 381 do superior tribunal de justiça*. Monografia. Florianópolis: UFSC, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio, 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2222&id_pagina=1> Acesso em: 29 janeiro 2013.

KIM, Felipe; e ALCÂNTARA, Diana. *Fundos de investimento para garantia locatícia*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI26457,61044-Fundos+de+investimento+para+garantia+de+locacao+imobiliaria>> Acesso em: 29 janeiro 2013.

LIMA, George Marmelstein. *Crítica à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Revista Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais#ixzz2JUgprN7V>> Acesso em: 30 janeiro 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, 1988. In: HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10149/o-bem-de-familia-a-fianca-locaticia-e-o-direito-a-moradia/5#ixzz2Gb8DcPe9>> Acesso em: 2 janeiro 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das obrigações*, 2ª parte. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 1 janeiro 2013.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução por Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Tradução da 6. ed. italiana por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3: Direito das obrigações e direito hereditário.

SANTOS, Jaime Melanias dos. *Direito à moradia e a função social da propriedade urbana*. p. 32. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/jaime_melancias_dos_santos.pdf> Acesso em: 2 janeiro 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil Comentado*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Sylvio Capanema. *O bem de família no novo código civil*. Coletânea de Textos CEPAD. Ed. Espaço Jurídico. Disponível em: <http://www.smithedantas.com.br/texto/bem_familia_ncc.pdf> Acesso em: 2 janeiro 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Informativo n. 0191 de 10 a 14 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=bem+de+familia+alugado&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>> Acesso em: 28 janeiro 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. R.E. 407.688-8 de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>> Acesso em: 27 janeiro 2013.

TALAVERA, Glauber Moreno. *A função social do contrato no Código Civil*. R. CEJ, Brasília, n. 19, p. 94-96, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo11.pdf>> Acesso em: 27 janeiro 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2012. v. único, 2. ed. ver., atual. e ampl., p. 775.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2008. v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.

Direito Constitucional. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/direito-constitucional>> Acesso em: 28 janeiro 2013.