

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Karine Wentz Marroni de Oliveira

A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR DO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL
URBANO

Passo Fundo

2015

Karine Wentz Marroni de Oliveira

A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO
FIADOR DO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL
URBANO

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da professora Ma. Regina Helena Marchiori Canali.

Passo Fundo

2015

Dedico este trabalho ao meu esposo, Jediael de Oliveira, por toda compreensão e apoio habituais, mas que em especial tem dedicado a mim nesta etapa de conclusão da graduação. Aos meus pais, Delani Marroni e Sandra Marroni, por terem sempre priorizado minha educação e pelo empenho que dispensaram na formação de meu caráter. Às minhas irmãs, Keith Marroni e Kamila Marroni que sempre estiveram ao meu lado dando-me suporte.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus por oportunizar-me essa conquista. Agradeço, em especial, à Associação de Apoio a Estudantes de Passo Fundo/RS, a qual foi essencial para que eu atingisse o sonho de realizar o Curso de Direito, assim como a minha orientadora, Ma. Regina Helena Marchiori Canali, pelo empenho e dedicação prestados durante a realização desse trabalho. Também, e por fim, a minha família que, de um modo geral, tem me dado o amparo que preciso para atingir meus sonhos e conquistas.

RESUMO

O presente estudo analisa a possibilidade de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação de imóvel urbano, trazida pelo artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, buscando verificar se em tal hipótese deve prevalecer o direito fundamental social à moradia do fiador ou o princípio da *pacta sunt servanda*, o qual assegura o direito ao crédito do locador. Esse problema envolve situação bastante delicada, haja vista que tal hipótese de penhora coloca em detrimento o direito fundamental à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, para a prevalência do direito ao crédito do locador referente aos aluguéis não pagos pelo locatário. Embora, desde 2006, tenha se pacificado no âmbito jurisprudencial o entendimento pela plena aplicabilidade de tal exceção, no âmbito doutrinário existe ainda grande polêmica, havendo muitos autores que defendem sua inaplicabilidade. Tendo em conta a expressiva essencialidade do direito fundamental à moradia para que as pessoas tenham mínimas condições de viverem e desenvolverem-se de forma saudável e segura, notabiliza-se a ligação de tal direito com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Outrossim, a partir da constitucionalização do direito civil passou-se a buscar a implementação da justiça social através da aplicação das normas civis, assim como nas relações jurídicas passou-se a atribuir prioridade à garantia e proteção da dignidade da pessoa humana em detrimento dos interesses meramente patrimoniais. Também, como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana é que o Estado estatuiu a Lei nº 8.009/90, que instituiu o bem de família obrigatório, trazendo a regra geral da impenhorabilidade de tal bem. Portanto, não é admissível que o fiador perca seu único imóvel residencial próprio para adimplir o crédito do locador devido originariamente por terceiro, o locatário, haja vista que o fiador é mero prestador de garantia acessória ao contrato principal de locação, sendo o mais adequado, em termos de justiça social, que seja retirada a exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, para que o fiador do contrato de locação urbana não possa ter seu bem de família penhorado para adimplir os aluguéis devidos originariamente pelo locatário por ocasião da celebração do contrato principal de locação.

Palavras-chave: Bem de família. Fiador. Locação. Moradia. *Pacta sunt servanda*. Penhora.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA	8
2.1	Teoria dos direitos fundamentais.....	8
2.2	Direito fundamental social à moradia	13
2.3	Morada e dignidade humana.....	17
3	ANÁLISES PONTUAIS DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO.....	23
3.1	Princípios contratuais	25
3.1.1	Função social do contrato	25
3.1.2	Autonomia da vontade.....	28
3.1.3	Princípio da boa-fé.....	29
3.1.4	Princípio da <i>pacta sunt servanda</i>	31
3.2	Espécies e formas contratuais.....	34
3.2.1	Contrato de fiança.....	34
3.2.2	Contrato de locação	39
4	CONFLITO PRINCIPIOLÓGICO: DIREITO À MORADIA X <i>PACTA SUNT SERVANDA</i>	49
4.1	Do bem de família	49
4.2	Embate principiológico entre moradia e crédito	58
4.3	Análises jurisprudenciais acerca do problema jurídico proposto	61
5	CONCLUSÃO.....	69
	REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso trata da possibilidade de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação de imóvel urbano, prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, acrescentado pela Lei nº 8.245/91, hipótese que excepciona a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, instituída pela Lei nº 8.009/90, que, mais especificamente, a partir do ano de 2006, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, tem feito com que muitos fiadores de contratos de locação urbana tenham seus únicos imóveis residenciais próprios penhorados para satisfazer o crédito do locador correspondente aos aluguéis não pagos pelo locatário.

Justifica-se o estudo desse tema pelo fato de que essa exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família envolve institutos jurídicos de grande relevância, dentre eles o direito fundamental social à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. O direito fundamental à moradia é essencial e pressuposto basilar para que as pessoas possam ter uma vida digna, de modo que o conhecimento da existência de referida exceção causa espanto e, até mesmo, perplexidade por envolver situação que aparentemente representa certa distorção de justiça e razoabilidade, mormente após a constitucionalização do direito civil através da qual se consagrou que nas relações jurídicas deve ser tutelada com primazia a dignidade da pessoa humana e não a satisfação de interesses patrimoniais.

Embora, jurisprudencialmente já tenha se pacificado o entendimento pela adequabilidade e constitucionalidade de tal exceção, na seara doutrinária a questão ainda envolve grandes divergências, havendo posicionamentos no sentido do que tem sido afirmado pelos tribunais em seus julgados, e muitos outros posicionamentos contrários aduzindo razões diversificadas, conforme será exposto no decorrer da explanação.

Buscar-se-á analisar, levando-se em conta o ordenamento jurídico pátrio, se na possibilidade de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação de imóvel urbano é mais adequado que prevaleça o direito fundamental à moradia, não permitindo que o fiador perca seu único bem imóvel residencial próprio, ou o princípio da *pacta sunt servanda*, que ensejará a penhora do bem de família do fiador para garantir o pagamento do crédito a que faz *jus* o locador.

Para que seja possível essa verificação, num primeiro momento será abordado precipuamente o direito fundamental social à moradia e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Já na segunda parte, serão examinados essencialmente alguns princípios contratuais que apresentam maior pertinência em relação ao problema jurídico deste trabalho, assim como as duas espécies contratuais envolvidas no problema, quais sejam, o contrato de fiança e o contrato de locação.

Por fim, no último capítulo discorrer-se-á fundamentalmente acerca do instituto do bem de família e da técnica da ponderação, utilizada na solução de conflitos entre princípios, bem como serão feitas referências às decisões das cortes superiores que foram determinantes para que se chegasse ao entendimento prevalente na jurisprudência atualmente.

Dito isso, passar-se-á ao aprofundamento dos tópicos acima referidos, sem, contudo, ter-se a pretensão de esgotá-los, almejando-se, sim, bem compreender cada um dos institutos a serem elucidados e, desse modo, obter embasamento para que se chegue a melhor solução do problema jurídico versado.

2 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA

Os direitos fundamentais assumiram posição de destaque no ordenamento jurídico pátrio com a Constituição Federal de 1988.

A previsão destes direitos no início da Constituição traduz a ideia de que devem constituir parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem não só constitucional, como jurídica (SARLET, 2009, p. 66), isto é, devem orientar os operadores jurídicos na interpretação e aplicação do direito constitucional, assim como infraconstitucional.

Ademais, a inclusão dos direitos fundamentais entre as cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988¹, demonstram seu caráter, de fato, essencial, à medida que se buscou impedir qualquer reforma constitucional inclinada a suprimi-los (MENDES, 2007, p. 1).

Pode-se indicar como características dos direitos fundamentais: a historicidade, já que desde que foram reconhecidos evoluem e ampliam-se; a inalienabilidade, haja vista que não possuem conteúdo econômico-patrimonial e são concedidos a todos indistintamente; imprescritibilidade, à medida que são sempre exigíveis, isto é, não há intercorrência temporal de não exercício a fundamentar a perda de sua exigibilidade; e irrenunciabilidade, uma vez que podem até não ser exercidos, mas não se pode renunciá-los (SILVA, 2011, p. 181).

Assentadas tais ideias, passar-se-á neste capítulo a uma breve referência à teoria dos direitos fundamentais, para posteriormente dar-se enfoque ao estudo dos direitos fundamentais sociais, mormente o direito fundamental social à moradia, a fim de, tendo em conta as principais características e peculiaridades deste direito fundamental social, investigar e compreender a possibilidade de ser penhorado o único imóvel residencial próprio do fiador do contrato de locação de imóvel urbano.

2.1 Teoria dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais estão previstos no segundo título da Constituição Federal de 1988, chamado dos direitos e garantias fundamentais, logo após os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Nesse segundo título há no primeiro capítulo a previsão dos

¹ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe no § 4º, do artigo 60 que: “§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

direitos e deveres individuais e coletivos e no segundo capítulo disposições acerca dos direitos sociais, sendo ambos, desse modo, tratados como direitos fundamentais pela Lei Maior.

Cabe referir que são utilizadas diversas terminologias para fazer referência aos direitos fundamentais, dentre elas, a expressão direitos humanos que se refere às disposições jurídicas asseguradas ao ser humano como tal, as quais almejam validade universal e detém cunho supranacional, de modo que tal expressão é precipuamente empregada em documentos internacionais². Opta-se pelo termo direitos fundamentais, em razão de que nada mais são do que os direitos humanos positivados no instrumento constitucional de um determinado Estado, passando, a partir de então, a ter caráter de normas superiores detentoras de obrigatoria observância por todos os poderes estatais, operadores do direito e sociedade de um modo geral (SARLET, 2009, p. 27-32).

Dessa forma, conclui-se que o vocábulo direitos fundamentais refere-se aos direitos do ser humano, a ele atribuídos justamente por ser reconhecido como um ser humano, que são admitidos e passam a integrar o direito constitucional de determinado Estado (SARLET, 2009, p. 29).

No que se refere à positivação dos direitos fundamentais, oportuno faz-se trazer o pensamento de Antonio Enrique Perez Luño:

[...] não se pode perder de vista a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana (LUÑO, 1995 apud SARLET, 2009, p. 37).

Assim, os direitos fundamentais passam a integrar o ordenamento jurídico de um Estado à medida que no campo das ideias difundem-se as noções de liberdade e de dignidade humana e à medida que, então, tais direitos passam a ser reconhecidos como fundamentais pelos legisladores e demais poderes estatais acabando por ser positivados.

No sentido do acima exposto, é possível afirmar que os direitos fundamentais objetivam gerar e preservar os pressupostos fundamentais de uma vida na liberdade e na dignidade humana, podendo, ainda, os direitos fundamentais serem conceituados como

² O termo “direitos humanos” é mais utilizado em documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros, em razão de coadunar-se melhor às disposições jurídicas asseguradas ao ser humano como tal, as quais almejam validade universal, isto é, para todos os povos e tempos, e detém cunho supranacional (SARLET, 2009, p. 29).

aqueles direitos que o direito em vigor considera como tais (HESSE, 1982 apud BONAVIDES, 2011, p. 560).

Ante o exposto, veja-se que tanto os direitos e deveres individuais e coletivos, quanto os direitos sociais previstos no primeiro e segundo capítulos, respectivamente, do título dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, foram assim consagrados a fim de garantir às pessoas sobre as quais recai o manto constitucional uma vida digna, bem como se percebe que devem obrigatoriamente ser observados não só pelos poderes que constituem o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, assim como por todos que estão a ele submetidos.

Após o reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições³, estes passaram por uma série de transformações, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto em relação a sua titularidade, eficácia e efetivação. Em razão disso, fala-se na existência de três dimensões de direitos fundamentais, havendo quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo quinta dimensão⁴. A expressão dimensões de direitos fundamentais é utilizada porque nos traz a ideia de que o processo de reconhecimento de direitos fundamentais é complementar e cumulativo, ao passo que reconhecer novos direitos fundamentais não ocasiona a substituição ou exclusão dos anteriormente já reconhecidos (SARLET, 2009, p. 45).

O lema revolucionário burguês do século XVIII exprimiu em três princípios todo o conteúdo dos direitos fundamentais, predizendo até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade. Estes passaram a manifestar-se na ordem institucional em três gerações sucessivas, traduzindo um processo cumulativo e qualitativo (BONAVIDES, 2011, p. 562-563).

Os direitos da primeira dimensão de direitos fundamentais são os direitos da liberdade, chamados de direitos civis e políticos. Esses direitos de primeira dimensão têm por titular o

³ Surgiram, ao longo da história, diversos documentos que concederam liberdades aos cidadãos, tais como a Magna Charta Libertatum, de 1215, os documentos firmados em razão da Paz de Augsburg, em 1555, e da Paz de Westfália, de 1648, a Petition of Rights, de 1628, o Habeas Corpus Act, de 1679, a Bill of Rights, de 1689, entre outros. As primeiras constituições a consagrarem essas liberdades legais como direitos fundamentais constitucionais foram, primeiramente, a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, seguida da Declaração Francesa, de 1789 (SARLET, 2009, p. 41-43).

⁴ Na esfera do direito pátrio, Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais. De acordo com referido autor na quarta dimensão de direitos fundamentais, estariam compreendidos o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, os quais surgem em razão da globalização política na seara da normatividade jurídica (SARLET, 2009, p. 50). Em relação à quinta dimensão de direitos fundamentais, defende o autor dizer ela respeito ao direito à paz. Esclarece que embora tenha sido o direito à paz, a princípio, reconhecido como integrante da terceira geração de direitos fundamentais, não teve dentro de tal dimensão o reconhecimento e a valoração que lhe são devidos, em razão do que deve ser tido como centro, como característico de uma nova dimensão de direitos fundamentais, qual seja, a quinta dimensão (BONAVIDES, 2010, p. 579-584).

indivíduo e manifestam-se como possibilidade ou prerrogativa da pessoa, evidenciando uma subjetividade, a qual pode ser tida como a peculiaridade desses direitos. São direitos de resistência perante o Estado, isto é, direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte dos poderes públicos, fazendo sobressair no arranjo dos valores políticos a cisão entre a Sociedade e o Estado, sem a qual não se pode avaliar o cunho antiestatal dos direitos da liberdade (BONAVIDES, 2011, p. 563-564).

Os direitos de segunda dimensão nascem apoiados ao princípio da igualdade, o qual os ampara e estimula. São os direitos sociais, culturais e econômicos, os quais possuem uma dimensão positiva, uma vez que exigem condutas positivas, uma intervenção por parte do Estado. Outorgam ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais (SARLET, 2009, p.47).

Ademais, os direitos fundamentais de segunda dimensão englobam, além dos direitos de cunho positivo, as liberdades sociais que se reportam à pessoa individual, das quais são exemplo a liberdade de sindicalização, o direito de greve, os direitos fundamentais dos trabalhadores como o direito a férias, limitação da jornada de trabalho e repouso semanal remunerado (SARLET, 2009, p. 48).

Os direitos de terceira dimensão têm como diferenciador o fato de destinarem-se à proteção de grupos humanos, caracterizando-se, portanto, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. São também denominados de direitos de fraternidade ou solidariedade, em razão de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação (SARLET, 2009, p. 48-49).

Inobstante a existência de doutrinadores que defendem a existência de uma quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, a exemplo de Paulo Bonavides, perfilhar-se-á àqueles que reconhecem a consagração de três dimensões de direitos fundamentais, como é o caso do jurista Ingo Wolfgang Sarlet, a vista de que essas novas dimensões já apontadas por alguns aguardam ainda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas (SARLET, 2009, p. 50-51).

Isso posto, tecer-se-á maiores considerações acerca dos direitos de segunda dimensão, isto é, dos direitos sociais para posteriormente adentrar-se no estudo específico do direito social à moradia, com o intuito de auxiliar na solução do problema jurídico trazido por este trabalho.

Conforme aduzido por Ingo Sarlet, os direitos fundamentais sociais a prestações:

[...] objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece por si mesma, devendo ser devidamente implementada (SARLET, 2009, p. 199).

Por conseguinte, percebe-se que em uma sociedade de extremas desigualdades sociais, como é a sociedade brasileira, crucial faz-se a consagração e, principalmente, a implementação por parte do Estado dos direitos fundamentais sociais a prestações para que seja possível garantir aos cidadãos liberdade e igualdade da forma mais concreta possível, isto é, garantir que todos partam das mesmas condições e tenham acesso as mesmas oportunidades e estruturas independentemente da classe social em que são considerados como inseridos.

Nesse mesmo contexto, tem-se que os direitos sociais são prestações positivas efetivadas pelo Estado, direta ou indiretamente, as quais propiciam melhores condições de vida aos mais fracos, e que se inclinam a realizar a igualação de situações sociais desiguais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao alcance da igualdade real (SILVA, 2011, p. 286).

Assim, verifica-se que a busca pela igualdade social é que está por trás desses direitos fundamentais chamados sociais, os quais representam meios de, com o auxílio e atuação Estatal, atingi-la.

Imperioso faz-se referir que os direitos sociais são assim chamados não para indicar que sua titularidade é apenas coletiva, e, sim, em razão de sua natureza e objeto, isto é, por serem direitos a prestações do Estado na realização da justiça social, de modo que possuem titularidade individual e coletiva, as quais coexistem, entretanto, assim como qualquer outro direito fundamental, a exemplo dos civis e políticos, são direitos referidos em primeira linha à pessoa individualmente considerada, sendo essa sua titular por excelência (SARLET, 2009, p. 215-216).

Estabelecidas estas considerações, sobretudo o já referido escopo dos direitos sociais de através de prestações do Estado tentar chegar o mais próximo possível de uma efetiva igualdade social, passaremos a uma análise mais detida do direito fundamental social à moradia.

2.2 Direito fundamental social à moradia

A introdução da moradia no rol dos direitos fundamentais sociais constantes no artigo 6º da Constituição Federal de 1988⁵, através da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, imprimiu a tal direito, cumpre apontar ainda que redundantemente, uma dimensão de fundamentalidade, a medida que todas as demais normas constitucionais e infraconstitucionais, assim como os operadores jurídicos de um modo geral terão de observar esse caráter atribuído à moradia de forma a auxiliar sua implementação ou, pelo menos, não obstaculizar sua concreção.

A despeito da tardia inserção da moradia no rol dos direitos sociais, isto é, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, desde a promulgação desta última o direito à moradia já estava de certa forma protegido, pois, de acordo com o preceituado pelo artigo 23, IX, da Carta Magna de 1988⁶ todos os entes federativos tem competência para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (LENZA, 2012, p. 1078).

Há que se referir, por oportuno, que não se pode confundir os direitos sociais como direitos fundamentais com as políticas públicas que os veiculam, isto é, embora possa o Estado mediante a utilização de políticas públicas, as quais podem compreender determinadas ações, atividades e programas, assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, não pode em razão disso o conteúdo desses direitos fundamentais ser reduzido, ser tido como limitado a uma única ação ou atividade ou programa executados pelo Estado (SARLET, 2009, p. 218).

Além disso, também a despeito da recente inserção da moradia como bem constitucionalmente reconhecido no elenco dos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, conforme já referido, ele já era anteriormente reconhecido de forma implícita como direito fundamental pela Constituição, porquanto, por exemplo, em seu artigo 7º, inciso IV⁷ a

⁵ A Constituição Federal de 1988 refere no artigo 6º que: “Art. 6. 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”.

⁶ O inciso IX, do artigo 23, da Constituição Federal de 1988 assim prevê: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; [...]”.

⁷ O artigo 7º, da Constituição Federal de 1988 alude que: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]”.

moradia foi incluída entre as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, as quais deveriam ser atendidas pelo salário mínimo. Em razão de seu caráter existencial e de expressão do próprio direito à vida, o direito à moradia compõe aquilo que na esfera internacional tem sido chamado de um direito a um adequado padrão de vida (SARLET, 2009, p. 329).

Assim, o direito à moradia que já era garantido ao trabalhador, juntamente com muitos outros a serem providos pelo salário mínimo, foi acrescentado ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988 ao título dos direitos e garantias fundamentais a fim de expandi-lo como direito fundamental de todo o povo, o que foi feito, pode-se dizer, de forma tardia, apenas com uma emenda constitucional datada de 14 de fevereiro de 2000, tendo em conta a relevância desse direito para que possam as pessoas ser detentoras de uma vida digna.

O verbo *morar*, do latim *morari*, significa demorar, ficar. O direito à moradia traduz-se na ideia de ocupar um lugar como residência, permanecer ocupando um lugar permanentemente. Esse direito objetiva garantir a todos um local para abrigar-se com a família de modo permanente. Conquanto o direito à moradia não signifique necessariamente direito à casa própria, adquiri-la pode ser complemento imprescindível a sua efetivação (SILVA, 2010, p. 314).

O direito à moradia não pode ser confundido com o direito de propriedade, muito embora essa última possa servir de moradia ao seu titular e seja a moradia em alguns casos pressuposto para a aquisição da propriedade, como ocorre com o usucapião. O direito à moradia é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios, de modo que seu conteúdo, por força de sua vinculação à dignidade da pessoa humana, não pode prescindir de parâmetros qualitativos mínimos para uma vida saudável (SARLET, 2009, p. 329-330).

Trata-se a moradia de um direito essencial, referente à personalidade humana, indissociável por sua vontade e indisponível (CORDENONSI; AWAD, 2010, p. 143).

Considerando a relevância da moradia, importante se faz sua elevação à condição de direito fundamental social ao lado de outros direitos de extrema importância, tais como a saúde e a educação, de forma a fazer com que o Estado empenhe-se na efetivação desse direito, em impedir que o mesmo seja desrespeitado ou reste subjugado por outro direito de menor relevância também previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, ponderoso faz-se mencionar que os direitos sociais não deixam de ser fundamentais pelo fato de sua realização poder depender de medidas positivas do Estado, em razão das quais a que se ter em consideração que a concretização de muitos desses direitos

fica sujeita ao estabelecimento de, por exemplo, ações e programas estatais (SILVA, 2007, p.151-152).

Os direitos fundamentais sociais podem ser distinguidos em uma dimensão objetiva e outra subjetiva, dividindo-se essa última em forte e frágil, com a qual se relaciona, ainda, a distinção entre direitos prestacionais originários e derivados. Nos direitos prestacionais originários compreendem-se aqueles direitos constitucionais que possuem uma dimensão subjetiva forte, isto é, podem desde logo ser usufruídos sem necessidade de outra regulamentação; contrariamente, os direitos prestacionais derivados englobam os direitos constitucionais que detêm uma dimensão subjetiva fraca, a vista de que não podem ser gozados sem que o legislador faça em relação a eles nova regulamentação (CLEVÉ, 2005, p. 5-6).

A vista da Lei Fundamental de 1988, assim se manifesta Clémerson Merlin Clevé, em relação aos direitos prestacionais derivados:

[...] a questão fica mais complexa quando estamos a tratar dos direitos prestacionais de outro tipo, porque produzem uma dimensão subjetiva fraca, necessitando, portanto, da atuação material, da criação de serviços públicos e da previsão de dotações orçamentárias. Naturalmente, o problema não se põe em relação aos direitos já devidamente regulamentados. Quanto àqueles previstos em disposições constitucionais insuscetíveis de criar imediatamente situações jurídicas positivas de vantagem, manifestando-se inércia do Estado (Legislador e/ou Administrador), emerge maior dificuldade para buscar-se, através do Judiciário, a efetivação do direito (CLEVÉ, 2005, p.6).

Nesse contexto é que se insere o direito fundamental social à moradia, podendo, de acordo com as classificações acima expostas, ser considerado um direito prestacional derivado de dimensão subjetiva fraca, em razão de que não se pode dele usufruir sem uma atuação material e positiva do Estado com o escopo de agregar-lhe efetividade e eficácia.

Pode-se afirmar, ainda, que o direito à moradia possui uma eficácia negativa e uma positiva. A eficácia negativa exprime a ideia de que ninguém poderá ser privado de uma moradia, nem impedido de tê-la, o que acarreta a abstenção do Estado e de terceiros. Já a eficácia positiva evidencia o direito à moradia como um direito positivo de caráter prestacional, uma vez que a concretização do direito à moradia dar-se-á por meio da ação positiva do Estado, a qual se caracteriza como condição de sua eficácia (SILVA, 2010, p. 315).

Outrossim, tem-se que os direitos fundamentais, de um modo geral, e, assim, também o direito fundamental social à moradia, possuem um complexo de posições jurídicas, isto é, de direitos e deveres, negativos e positivos. Dessa forma, o direito fundamental social à

moradia, por exemplo, na condição de direito a ações positivas dirigidas à promoção e satisfação das necessidades materiais ligadas à moradia, pode ser definido como direito a prestações; por outro lado, na condição de direito negativo, a moradia é protegida contra ingerências externas, sejam elas oriundas do Estado ou da esfera jurídico-privada (SARLET, 2009, p. 203-204).

Tendo em conta que os direitos fundamentais à prestações, como o é o direito à moradia, objetivam garantir não só a liberdade perante o Estado, mas também a liberdade por intermédio do Estado, vez que a obtenção e a preservação da liberdade do indivíduo sujeitam-se à adoção de um comportamento ativo por parte dos poderes públicos, compete ao Estado o dever de colocar à disposição os meios materiais e implementar as circunstâncias fáticas que propiciem o factível exercício das liberdades fundamentais (SARLET, 2009, p. 185).

Nesse contexto, pertinente faz-se referir que a introdução dos direitos sociais ao texto constitucional se deu por uma dura luta em consequência de uma demanda social inflexível, enérgica e democrática, que se expressou por meio de movimentos sociais, que, no entanto, não se encerrou com a promulgação da Lei Maior em 5/11/88, considerando que a luta daí em diante passou a ser pela eficácia desses direitos (CLEVÉ, 2005, p. 3).

Congruente faz-se colacionar o prescrito por Ingo Wolfgang Sarlet quanto à eficácia que podem ter os direitos fundamentais prestacionais em razão da disposição contida no § 1º, do artigo 5º da Lei Fundamental⁸, aplicável também a esses direitos constitucionais prestacionais:

Ponto de partida de nossa análise será, aqui, também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disso) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de posituação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de posituação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto (SARLET, 2009, p. 280-281).

Dessa forma, verifica-se que mesmo o direito fundamental constitucional prestacional à moradia, o qual depende de prestações positivas e materiais estatais para ter a devida eficácia, pelo fato de ser norma constitucional possui, ainda que diminutas, eficácia e

⁸ A Lei Fundamental de 1988 no § 1º, do artigo 5º declara: “§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

aplicabilidade, dado que a ele se amolda o prescrito pelo § 1º, do art. 5º, da Constituição, embora pertencente ao capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

O custo dos direitos sociais a prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando para parcela da doutrina que a efetiva realização das parcelas reclamadas não é possível sem que seja despendido algum recurso (SARLET, 2009, p. 285).

De outro lado, tem-se que não pode o fator custo obstar, em certas circunstâncias, o reconhecimento de um direito subjetivo de cunho prestacional, inclusive pela via judicial (SARLET, 2009, p. 363-364).

Embora se afirme que os cidadãos detêm um direito subjetivo originário a prestações existenciais mínimas, decorrentes do direito à vida, disso não decorre que detenham os cidadãos um direito de ação contra o Estado. Todavia, o Estado, juntamente com seus poderes públicos, estão atrelados a resguardar o direito à vida e os direitos dele decorrentes, no âmbito das prestações existenciais mínimas, utilizando-se de formas que o tornem efetivos, mesmo que haja apenas uma forma (CANOTILHO, 1988 apud, SARLET, p. 331-332).

Os direitos fundamentais, e de maneira especial os direitos fundamentais sociais, consistem em constante necessidade, haja vista que sua desvalorização e falta de implementação atacam incisivamente os mais básicos valores da vida e da dignidade da pessoa humana em todas as suas expressões (SARLET, 2009, p. 364-365).

Ademais, levando-se em consideração que o direito à moradia foi inserido como direito social em uma Constituição que prevê como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, prevê como fundamentais os direitos à intimidade e à privacidade, assim como dispõe ser a casa asilo inviolável, verifica-se que o conteúdo do direito à moradia abrange não só a possibilidade de ocupar uma habitação, como também que seja essa habitação digna e adequada (SILVA, 2010, p. 314).

Arrimadas tais referências ao direito fundamental social à moradia pertinente mostra-se evidenciar o liame existente entre o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana.

2.3 Moradia e dignidade humana

A dignidade da pessoa humana é estatuída no primeiro artigo da Lei Maior⁹, sendo considerada um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, o que implica

⁹ Dispõe o artigo 1º da Constituição Federal de 1988: “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

em sua interpretação não só como elemento fundamental da Constituição Federal de 1988, como também de todo o ordenamento jurídico.

Impende salientar a necessidade de diferenciar a dignidade da pessoa humana como conteúdo moral e filosófica, a qual nesse viés é intrínseca a todos seres humanos e desprendida do ordenamento jurídico, do princípio jurídico da dignidade humana, estatuído na Constituição Federal de 1988, o qual tem como precípua função proteger e promover justamente aquela dignidade natural dos seres humanos (GONDINHO, 2010, p. 124).

A dignidade da pessoa humana não advém de seu reconhecimento por um sistema jurídico, isto é, toda a pessoa humana é possuidora de idêntica dignidade mesmo que não haja menção normativa expressa a esse atributo de sua existência no ordenamento jurídico vigente. Todavia, a inserção da dignidade da pessoa humana em um sistema normativo é essencial para sua promoção e tutela. Dessa forma, a Constituição de 1988 ao legitimar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conferiu-lhe o valor de fundamento soberano do ordenamento jurídico (GONDINHO, 2010, p. 124-125).

Nesse viés, considera-se que a dignidade da pessoa humana atua como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias outorgados às pessoas na Lei Fundamental (NUNES, 2010, p. 60).

André Osório Gondinho, citando Immanuel Kant, se utiliza de pertinente comparação para demonstrar a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

Essa qualidade inerente do homem (dignidade) é logo em seguida reforçada por KANT, pois, para ele, existem, no mundo, duas categorias de utilidades: o preço (*pries*) e a dignidade (*Würden*). O preço, na concepção kantiana, retrata um valor exterior de mercado e revela interesses meramente particulares. A dignidade, à sua vez, retrata um valor interior, que é moral, e, portanto, de interesse geral. As coisas, nessa ordem de ideias, têm preço; enquanto as pessoas são dotadas de dignidade. O valor moral da dignidade é sempre superior ao valor de mercado das coisas, por isso o homem é o ser mais importante do mundo social e não pode ser reduzido a objeto, ou meio para alcançar outros fins, já que é titular de dignidade e os objetos têm preço. Em resumo: *‘no reino dos fins tudo tem ou preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade...’* (KANT, 1785 apud GONDINHO, 2010, p. 129).

Nesse sentido, considerando-se que as pessoas são detentoras de dignidade, enquanto às coisas é atribuído um preço, de modo que as coisas não podem ser super valorizadas em

Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

detrimento das pessoas em razão justamente da dignidade delas, deve-se analisar quais os bens jurídicos são tutelados no problema jurídico aqui tratado, isto é, na possibilidade de penhora do bem de família do fiador de um contrato de locação a fim de garantir o pagamento dos aluguéis não pagos pelo locatário, com o intuito de verificar qual deles pode e deve, tendo em conta o elucidado no parágrafo acima colacionado, prevalecer em detrimento do outro.

A palavra “dignidade” está associada ao latim *dignitas* que significa “valor intrínseco”, “prestígio”, “mérito” ou “nobreza”, daí advindo a noção de que o ser humano é um fim em si mesmo, munido de um atributo intrínseco que o torna insuscetível de reduzir-se em meio ou instrumento para a realização de interesses econômicos, políticos e ideológicos (SOARES, 2010, p. 142).

A dignidade da pessoa humana é característica inerente e diferenciadora de cada ser humano que o faz digno do mesmo respeito e estimação por parte do Estado e da sociedade, acarretando um conjunto de direitos e deveres fundamentais que garantam a pessoa contra todo e qualquer ato de caráter degradante e desumano, assim como lhe possibilitem as condições extrínsecas mínimas para uma vida salutar (SARLET, 2001, p.60).

É indissociável a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, de maneira que a dignidade da pessoa humana deduz o reconhecimento e tutela dos direitos fundamentais, ao passo que não assegurar à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são intrínsecos é o mesmo que lhe negar a própria dignidade (SARLET, 2010, p. 97).

Reforçando o disposto acima, tem-se que a dignidade da pessoa humana tem íntima e indissociável vinculação com os direitos fundamentais, os quais encontram nela seu próprio fundamento, do qual seriam concretizações ou desdobramentos. Ademais, não temos um direito subjetivo à dignidade, mas sim um direito ao respeito e à proteção da dignidade, os quais são alcançados por meio do reconhecimento e da eficácia normativa atribuída aos direitos fundamentais (GONDINHO, 2010, p. 72-74).

A relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais mostra-se ainda mais estreita, haja vista a essencialidade da educação, da saúde, da alimentação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção da maternidade e da infância e da assistência aos desamparados para a concretização de uma vida digna.

A consagração da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, demonstra a opção da Constituição Federal de 1988 por valores existenciais que expressem a ideia de dignidade humana, de tal forma que os interesses patrimoniais, tão difundidos em ordenamentos jurídicos anteriores, devem adequar-se a essa

nova realidade, vez que a pessoa humana prevalece sobre qualquer valor, sendo reconhecida como o centro e o fim do próprio ordenamento jurídico (GONDINHO, 2010, p. 24-25).

O direito fundamental social à moradia deve ser diretamente apoiado na dignidade da pessoa humana, como aquele que tem por finalidade possibilitar às pessoas a habitação em ambiente adequado e decente (CORDENONSI; AWAD, 2010, p. 146).

Portanto, tendo em conta o fim do direito fundamental social à moradia acima aduzido e considerando-se que estão compreendidos no conceito de pessoas que fazem *jus* a uma moradia adequada e decente tanto o fiador do contrato de locação de imóvel urbano, quanto o locatário desse imóvel, havendo, ainda, de outro lado o locador que faz *jus* a receber uma retribuição em troca da locação, é que se percebe a magnitude e relevância do problema jurídico aqui tratado.

Em razão do conteúdo abstrato da norma que prevê o direito à moradia os aplicadores do direito deverão interpretá-la a luz da dignidade da pessoa humana a fim de que possam dar efetividade ao seu conteúdo (ALVARENGA, 1998, p. 89).

Assim, no tocante ao conteúdo do direito à moradia, como dito anteriormente, sua análise deve ser dirigida pela dignidade humana, resguardando recursos materiais e humanos para sua realização, posto que sem um lugar conveniente para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local no qual se tenha privacidade, sem um local em que se possa viver com um mínimo de saúde e bem-estar, indubitavelmente a pessoa não terá a sua dignidade (SARLET, 2003, p. 82).

Para afastar a insuficiência de referências do conteúdo do direito à moradia previsto na Lei Fundamental, pode-se utilizar da tutela internacional, a qual considera que o conteúdo desse direito fundamental atinge parâmetros mínimos imprescindíveis à sobrevivência e desenvolvimento do ser humano (CORDENONSI; AWAD, 2010, p. 148).

De mais a mais, não há como falar de uma interpretação do direito à moradia em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana sem fazer referência aos elementos que a Comissão da Organização das Nações Unidas (ONU) para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais identificou como basilares para a concretização de mencionado direito à moradia:

[...] segurança para a posse; infraestrutura básica para garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição; condições físicas de habitabilidade; condições razoáveis para os portadores de deficiência; localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde e educação e, ainda, a construção da moradia deve respeitar a identidade e diversidade cultural da população (CORDENONSI; AWAD, 2010, p. 149).

Dessa forma, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 não explicita no que consiste o direito fundamental social à moradia por ela garantido, importante se mostra a referência feita pela Comissão da Organização das Nações, para que se compreenda melhor o significado de uma moradia adequada e salutar.

Assim, pode-se concluir que a moradia relaciona-se com diversos aspectos que dão efetividade à proteção da dignidade da pessoa humana como: saúde, alimentação, educação e lazer, visto que não se pode ter saúde, alimentação, educação e lazer adequados sem a existência de uma moradia igualmente adequada, de modo que não há dignidade humana sem o direito à moradia (CARBONARI, 2007, p. 35-36).

De todo o exposto, evidenciada está a importância do direito fundamental social à moradia considerado em si mesmo e considerado como instrumento de promoção e concreção da dignidade da pessoa humana, tanto àquela dita intrínseca a pessoa simplesmente por sê-la, quanto àquela prevista no ordenamento jurídico.

Tendo em vista ser o direito fundamental à moradia um direito social, caberia ao Estado utilizar-se de meios para garanti-lo à população, todavia sabe-se que tal não ocorre. Nesse sentido, o próprio contrato de locação estipulado com fins residenciais vem suprir a falta de eficiência estatal em conseguir dar a todos acesso à moradia, isto é, vem auxiliar na própria implementação do direito social à moradia, haja vista que este não é sinônimo de propriedade.

Tamanha é a relevância do direito à moradia que em 29 de março de 1990, antes mesmo de sua consagração como direito fundamental social, o que só veio a ocorrer em 14 de fevereiro de 2000 através da Emenda Constitucional nº 26, foi promulgada a Lei nº 8.009/90, a Lei do bem de família, a qual tem como objetivo guarnecer o imóvel residencial próprio diante da execução de qualquer eventual dívida não adimplida.

Entretanto, a própria Lei do bem de família estabelece algumas situações excepcionais, nas quais o imóvel residencial próprio poderá ser penhorado em razão de dívidas inadimplidas. Dentre elas está a possibilidade de penhorar o bem imóvel residencial próprio do fiador do contrato de locação de imóvel urbano, de modo que se o locatário não cumprir sua obrigação de pagar o aluguel e o fiador não tiver condições econômicas ou outros bens para fazê-lo poderá ter penhorado seu imóvel residencial para assegurar o crédito do locador. Em tal situação percebe-se que um bem jurídico deixa de ser tutelado cedendo lugar para que outro bem jurídico venha a sê-lo.

A despeito da magnitude do direito fundamental social à moradia, da dignidade da pessoa humana e da relação íntima existente entre ambos, sendo o primeiro forma de

assegurar a segunda, conforme esposado anteriormente, tal possibilidade de penhora tem se verificado e compreender o porquê de tal acontecimento é sobre o que se debruçará neste trabalho.

Dessa forma, apontadas informações a respeito do direito fundamental social à moradia e sua relação com a dignidade da pessoa humana, cabe analisar as espécies contratuais atinentes ao problema jurídico deste trabalho, ou seja, o contrato de fiança e o de locação, bem como, alguns dos princípios que disciplinam os contratos, com o fito de obter elementos que permitam chegar a mais adequada solução para o problema jurídico tratado.

3 ANÁLISES PONTUAIS DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

O reconhecimento de tantos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico pátrio, especialmente, tutelados na Lei Fundamental e, nesse sentido, sobremaneira a tutela da dignidade da pessoa humana, trouxeram significativas mudanças ao direito civil e ao direito contratual como se tentará elucidar neste segundo capítulo.

Fala-se a respeito de uma constitucionalização do direito civil a medida que, à luz dos dispositivos constitucionais, o direito civil estatui relações em que os sujeitos de direito são não só titulares de direitos e obrigações, como também pessoas que precisam ter sua dignidade tutelada (TONIAL, 2009, p. 19).

Por conta dessa constitucionalização do direito civil, o direito passou a tutelar e a preservar de forma mais contundente a dignidade da pessoa humana, de maneira que a prioridade deve ser atribuída às situações jurídicas não patrimoniais, a vista de que à pessoa humana deve o ordenamento jurídico dar a garantia e a proteção prioritárias (TONIAL, 2009, p. 67).

Nesse sentido, a vista de que o direito contratual altera-se de acordo com as circunstâncias em que está inserido, devendo adaptar a realidade jurídica do contrato à realidade social e econômica em que produz seus efeitos (TONIAL, 2009, p. 13), deverão as normas reguladoras dos contratos acompanharem a constitucionalização do direito civil, instituto no qual estão inseridas, de modo a dar garantia e proteção prioritárias à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, tendo em conta o acima exposto, de que à pessoa humana deve o ordenamento jurídico e seus operadores dar proteção e garantia prioritárias, é que se busca compreender o problema jurídico aqui tratado, pois a depender de qual princípio venha a prevalecer, a moradia ou a *pacta sunt servanda*, uma das partes envolvidas na relação locatícia e de garantia à locação será prejudicada em prol da garantia e/ou proteção da outra.

Além de garantir a proteção das pessoas individualmente consideradas, o Código Civil de 2002 ao regular a matéria contratual, trouxe o que alguns chamam de princípio da socialidade, isto é, sem perder de vista a dignidade da pessoa humana, o referido Código reflete também a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais (GONÇALVES, 2011, p. 24).

O contrato durante o período do liberalismo era tido como manifestação da autonomia da vontade individual, a qual era tida como cerne, em função da qual eram

estabelecidos os princípios e regras contratuais. Todavia, a partir do Estado Social do século XX voltado para a justiça social e assistência dos juridicamente mais fracos, os quais carecem de uma intervenção oficial na atividade econômica, esse paradigma de contrato não pode mais ser tido como modelo. Na concepção de contrato que temos hoje não somente os interesses exclusivamente individuais são tutelados juridicamente, mas também os interesses sociais e públicos (LÔBO, 2014, p. 16).

Nesse sentido, é que se afirma que o Código Civil de 2002 buscou inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, trazendo a ideia primacial de que o contrato não deve ser cumprido apenas em benefício do credor, mas também da sociedade (VENOSA, 2011, p. 377).

Tal situação é chamada de repersonalização ou despatrimonialização do direito civil, a qual não representa o afastamento do conteúdo patrimonial do direito e, sim, a funcionalização do próprio sistema econômico, com o escopo de conduzi-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana e partilhar as riquezas com mais justiça (TONIAL, 2009, p. 69-70).

Precipualemente no direito contratual a liberdade de contratar das pessoas deve regular-se pelos princípios e valores constitucionais, em virtude do que os contratos celebrados devem ser instrumentos de implementação existencial da pessoa humana, acentuando-se a prevalência da pessoa sobre o âmbito patrimonial. Nesta seara, a primazia do ser sobre o ter, pretendida pela leitura constitucionalizada do direito civil, revela-se pela transformação da ética da liberdade em uma ética solidária, de coresponsabilidade, cooperação e lealdade (TONIAL, 2009, p. 71).

Nesse sentido, é que o direito à moradia e as garantias concedidas em contratos de locação devem ser instrumentalizadas, isto é, de modo a darem efetividade à dignidade da pessoa humana, assim como aos interesses da sociedade.

Desse modo, verifica-se que a atual disciplina contratual brasileira busca, como todo o ordenamento jurídico, proteger e assegurar a dignidade da pessoa humana, todavia não apenas em relação à pessoa individualmente considerada, como também leva em conta os interesses da coletividade.

Feitas tais referências, cabe analisar alguns dos principais princípios que regem a matéria contratual no direito brasileiro.

3.1 Princípios contratuais

A vista da importância dos princípios para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, nesse ponto serão analisados alguns dos principais princípios que norteiam o direito contratual brasileiro.

Princípios devem ser entendidos como ditames superiores, fundantes e concomitantemente informadores das normas jurídicas, de modo que incidem sobre todo o ordenamento atribuindo-lhe significado legitimador e validade jurídica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 65).

A despeito da existência de outros princípios que disciplinam o direito contratual, neste trabalho examinar-se-á o princípio da função social do contrato, da boa-fé, da *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade não se podendo descuidar de que devem orientar-se pelo supremo princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana¹.

3.1.1 Função social do contrato

O princípio em comento foi inserido no direito contratual brasileiro através do Código Civil de 2002 e a compreensão de seu conteúdo é de extrema importância para auxiliar na solução do problema jurídico aqui tratado.

O direito contratual brasileiro somente iniciou um processo de socialização após a edição da Constituição Federal de 1988, momento em que os contratos além de respeitarem regras formais de validade jurídica, passaram a ter de respeitar também normas de cunho moral e social, as quais são de irrefutável exigibilidade jurídica, isto é, o fenômeno da socialização do contrato revela-se como norma jurídica de conteúdo indeterminado e natureza cogente, a qual deve ser observada pelas partes no contrato que pactuarem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 80-85).

¹ Além dos princípios que serão abordados de forma mais minudente no decorrer da exposição, conforme referido acima, a doutrina traz ainda como princípios contratuais: a) o princípio do consensualismo, segundo o qual basta o acordo de vontades para estabelecer-se o contrato válido, não sendo requerida, via de regra, forma especial para a constituição da relação contratual; b) o princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico, o qual traduz-se no sentido de que, salvo algumas exceções existentes, o contrato apenas gera efeitos entre as partes contratantes, há vista de que não aproveita, nem traz malefícios a terceiros; (DINIZ, 2013, p. 149-151) e c) o princípio da revisão dos contratos, o qual permite o desfazimento ou revisão forçada dos contratos de execução continuada ou diferida quando, por acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, a obrigação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, com grande vantagem para a outra parte (GONÇALVES, 2012, p. 52-53).

A interferência do interesse social na vontade privada negocial não deriva unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, com o chamado dirigismo contratual, mas da própria mudança de concepções históricas em torno da propriedade (VENOSA, 2011, p. 389).

A doutrina contratual, em razão de sua essência, sofre interferências do direito de propriedade, acompanhando suas mudanças. Dessa forma, quando se passou a tutelar somente a propriedade que atendesse uma determinada finalidade social, os contratos para serem cancelados juridicamente também passaram a ter de atender a uma função social (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 81-82).

O contrato na seara deste princípio não pode ser considerado meramente como mecanismo de circulação de riquezas, mas também de desenvolvimento social. Nesse sentido, é o ensinamento de Eduardo Sens Santos:

[...] o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade - em suma, que o contrato seja socialmente justo (SANTOS, 2002 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 83-84).

Do trecho acima colacionado, embora sucinto, pode-se apreender a essência do princípio a que se faz referência, isto é, o fato de que para que um contrato pactuado cumpra uma função social, além de atender aos interesses das partes contratantes, deve também atentar aos interesses da sociedade ou ao menos não trazer agravos à coletividade.

Ao inserir a necessidade de observância da função social nos contratos, não se tencionou acabar com os princípios da autonomia da vontade ou da *pacta sunt servanda*, mas tão somente voltá-los mais a busca do bem-estar comum, sem detrimento do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 84).

Seguindo essa linha de ideais, pode-se dizer que a função social dos contratos é um princípio de conteúdo indeterminado, que se apreende ao passo que se lhe assegura o fim de estabelecer limites a liberdade de contratar em favor do bem comum (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 84).

Dessa forma, a liberdade contratual não é absoluta, uma vez que está cingida pela supremacia da ordem pública, a qual proíbe convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de modo que a vontade dos contratantes está submetida ao interesse coletivo, o que se evidencia do Enunciado nº 23, aprovado na Jornada de Direito Civil, de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal² (DINIZ, 2013, p. 144-146).

O Código Civil de 2002 inaugurou o capítulo dedicado à teoria geral dos contratos reconhecendo esse valoroso princípio em seu artigo 421³, o qual apresenta um critério finalístico e outro limitativo. Sob a perspectiva do primeiro tem-se que toda atividade negocial, fruto da autonomia da vontade, encontra a sua razão de ser, sua finalidade existencial, na sua função social. Já em relação ao segundo critério, estabelece-se que essa liberdade negocial deverá verificar justa medida no interesse social e nos superiores valores de dignificação da pessoa humana (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 89-90).

A consagração desse princípio no Código Civil está de acordo com o previsto na Constituição Federal de 1988, artigos 1º, inciso IV⁴, 5º, inciso XXIII⁵ e 170, inciso III⁶, o qual se apresenta como um princípio geral de direito, ou seja, norma que abarca uma cláusula geral e apresenta duplo aspecto, no sentido de que o contrato a ser pactuado deve respeitar o interesse dos contratantes, assim como os interesses de toda coletividade (DINIZ, 2013, p. 144-145).

A função social do contrato presta-se essencialmente para restringir a autonomia da vontade quando esta esteja em conflito com o interesse social e este deva preponderar, mesmo que essa restrição possa alcançar a própria liberdade de não contratar, de modo que o princípio da função social do contrato opõe-se ao entendimento clássico de que as partes

² O Enunciado nº 23 aprovado na Jornada de Direito Civil, de setembro de 2002, possui a seguinte redação: “a função social do contrato, dirigido à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana” (DINIZ, 2013, p. 146).

³ O artigo 421 do Código Civil dispõe: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁴ O artigo 1º, inciso IV da Carta Magna de 1988 prescreve: “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: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”.

⁵ O inciso XXIII, do artigo 5º da Lei Fundamental assim dispõe: “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, nos termos seguintes: XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;”.

⁶ O artigo 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988 prevê: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade;”.

contratantes tudo podem fazer por estarem no exercício da autonomia da vontade (GONÇALVES, 2011, p. 25).

Do exposto, vê-se que as partes pactuantes de um contrato detêm autonomia para formalizarem o contrato estabelecendo cláusulas contratuais, todavia tal pactuação não poderá ser prejudicial a nenhuma delas, devendo ser respeitados os direitos fundamentais garantidos aos indivíduos pela Carta Magna de 1988 asseguradores da dignidade da pessoa humana, bem como deverá contemplar os interesses da coletividade ou no mínimo não acarretar danos à sociedade, de modo que não é mais aceitável que as pessoas sob o prisma da autonomia da vontade tudo possam contratar e da maneira que bem entenderem.

3.1.2 Autonomia da vontade

Assentadas tais premissas, imperioso faz-se analisar o princípio da autonomia da vontade, o qual está intimamente relacionado ao princípio da função social do contrato e é basilar quando se trata do direito contratual.

Apesar de o sistema contratual brasileiro adotar como princípio máximo a função social do contrato, não podemos olvidar que o contrato se estabelece por meio de vontades, por meio da livre iniciativa, vez que sem vontade não há contrato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 71-72).

A autonomia da vontade, regulada pelo artigo 421 do Código Civil de 2002 juntamente com o princípio da função social do contrato, fundamenta-se na vasta liberdade contratual. Tradicionalmente essa liberdade de contratar engloba o direito de contratar se quiser, com quem quiser e sobre o que quiser (GONÇALVES, 2011, p. 41).

Com a evolução histórica e cultural no século XX a intervenção estatal passou a ocupar o lugar do individualismo liberal, de modo que se passou a falar de um dirigismo estatal, através do qual o Estado passou a criar leis que trouxessem maiores garantias e proteções aos mais fracos, e, em consequência a autonomia da vontade, a qual continua tendo papel fundamental nos contratos, passou a sofrer limitações e condicionamentos por normas de ordem pública em proveito do bem-estar comum (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 72-73).

Como exemplo desse dirigismo estatal pode-se mencionar a lei da impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009 de 29/3/1990), que pode ser encarada como uma espécie de limitação à autonomia da vontade, a fim de evitar que as pessoas celebrem avenças demasiadamente onerosas em relação as suas condições, podendo vir a

ter penhorado seu imóvel residencial próprio. Contudo, o problema jurídico em análise é uma das exceções à regra da impenhorabilidade do imóvel residencial próprio, isto é, o fiador do contrato de locação de imóvel urbano pode ter seu imóvel residencial próprio penhorado em virtude do crédito inadimplido do credor, hipótese de ressalva que ocasiona divergências doutrinárias e em relação a qual se busca verificar se é realmente uma solução para garantir a continuidade do sistema de locação de imóveis urbanos.

A partir da instituição do Estado Social as sucessivas mudanças pelas quais tem passado o contrato repercutiram essencialmente nos limites da autonomia da vontade. Tradicionalmente a ideologia liberal do contrato fazia menção somente aos bons costumes e à ordem pública, entretanto o ditame da justiça social, trazido pelo Estado Social, trouxe, por meio de normas jurídicas cogentes, maiores restrições à liberdade de contratar, enquanto de outro lado princípios sociais dos contratos, tais como a boa-fé objetiva e a função social, passaram a adequar a autonomia da vontade, a qual muitas vezes é desatendida em função de situações de desigualdade de direitos e obrigações (LÔBO, 2014, p. 42).

Nessa mesma linha de pensamento, tem-se que a liberdade de contratar não é ilimitada, vez que tem de observar as restrições impostas pela ordem pública e pelos bons costumes, em virtude do que a vontade dos contratantes está condicionada não somente aos seus interesses, como também ao interesse coletivo (DINIZ, 2013, p. 144).

Portanto, depreende-se que as pessoas continuam tendo liberdade para estabelecer seus contratos, todavia tal liberdade é refreada por outras normas e princípios a fim de trazer maior proteção aos próprios pactuantes, especialmente à parte mais fraca da relação contratual, e evitar que sejam celebradas avenças com cláusulas abusivas, com o condão de prejudicar uma das partes, colocando-a em situação de extrema desvantagem em relação à outra.

3.1.3 Princípio da boa-fé

Outro princípio de grande destaque inserido no direito contratual a partir do Código Civil de 2002 é o princípio da boa-fé, chamado por alguns como princípio da boa-fé objetiva, também de indispensável análise.

O Código Civil de 2002 firma um sistema aberto, imperando na seara contratual a análise do caso concreto, de modo que esse diploma legal institui cláusulas gerais para os contratos. Nesse sentido destacam-se o artigo 421, o qual se refere à função social do

contrato, e o artigo 422⁷ que faz alusão ao princípio da boa-fé (GONÇALVES, 2011, p. 386-387).

Não obstante a imperfeita redação do artigo 422 do Código Civil, vez que prevê que a boa-fé somente seria observável quando da conclusão e durante a execução do contrato, a doutrina e a jurisprudência não hesitam em asseverar que a boa-fé deve ser observada também nas fases pré e pós contratual, isto é, nas fases anteriores e posteriores à celebração e cumprimento da avença (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 113-114).

Embora o artigo não refira de modo expreso a observância da boa-fé no período das tratativas contratuais e no período pós contratual, doutrina e jurisprudência de modo acertado vem complementando o alcance de tal norma, pois de nada adiantaria exigir que as partes agissem de acordo com a boa-fé somente durante a execução do contrato e permitir que no período das tratativas contratuais e no período pós contratual pudessem agir descumprindo deveres e onerando a parte contrária.

Além de estar intimamente ligada à interpretação do contrato, a boa-fé também assim está em relação ao interesse social de segurança das relações jurídicas, visto que é uma norma que reclama o comportamento leal dos contratantes, tendo o intuito de gerar na relação obrigacional a confiança necessária, a proporcionalidade das prestações e da partilha de riscos e encargos, perante a proibição do enriquecimento sem causa (DINIZ, 2013, p. 151-152).

A boa-fé revela-se como um princípio de essência moral, que adquiriu perfil e matiz de natureza jurídica cogente, constituindo-se propriamente em uma regra de comportamento de fundo ético e exigibilidade jurídica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 100-101).

A cláusula geral de boa-fé é uma regra de conduta, segundo a qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas, sendo, portanto, fonte de direitos e de obrigações (GONÇALVES, 2011, p. 56).

O intérprete deve basear-se em um padrão de conduta comum, do homem médio, no caso concreto, observando os aspectos sociais presentes, de modo que a boa-fé mostra-se como uma regra de conduta, um dever de agir conforme padrões sociais estatuídos e admitidos (VENOSA, 2011, p. 387).

⁷ O artigo 422 do Código Civil disciplina: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Denota-se, desse modo, a crucialidade do princípio da boa-fé para a celebração e execução dos contratos, sendo inadmissível sua inexigibilidade das partes pactuantes a fim de que se garanta segurança jurídica às avenças estabelecidas, devendo a conduta contrária ao agir de boa-fé, ou seja, o agir de má-fé ser punido.

O princípio da boa-fé faz com que o contrato não se exaure apenas na obrigação principal, posto que a boa-fé impele também o cumprimento de deveres jurídicos anexos ou de proteção, como por exemplo os deveres de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade, sigilo, informação, etc (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 103).

Além de estar previsto no artigo 422 do Código Civil, a boa-fé é tratada também nos artigos 113⁸ e 187⁹ do mesmo estatuto, de maneira que, pela perspectiva do referido Código, se pode perceber três atribuições para o conceito de boa-fé, quais sejam, de interpretação, trazida pelo artigo 113, de controle dos limites do exercício de um direito, estabelecida pelo artigo 187 e, finalmente, de integração do negócio jurídico regulada pelo artigo 422 (VENOSA, 2011, p. 388).

Trazendo as referências feitas a esse princípio para mais perto do problema jurídico versado neste trabalho, percebe-se o quão importante é que as partes de fato ajam de acordo com a boa-fé, para evitar que uma delas venha a ser prejudicada, pois analisando-se, por exemplo, a posição do fiador de um contrato de locação percebe-se que ele coloca em risco seu próprio patrimônio para garantir dívida alheia que diz respeito à obrigação principal de outro contrato, de modo que o mínimo que se espera é que os demais envolvidos ajam com lealdade, respeitando os deveres legais e contratuais estabelecidos.

3.1.4 Princípio da *pacta sunt servanda*

Com o intuito de dar maior segurança aos contratos celebrados, a fim de que a palavra empenhada pelos contraentes fosse, de fato, levada a efeito, surgiu o princípio da obrigatoriedade contratual.

Durante a prevalência das ideias liberais e individualistas do século XIX partia-se da noção de que as partes eram formalmente iguais e em razão disso a vontade que elas

⁸ No artigo 113 do Código Civil encontramos a seguinte redação: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁹ Dispõe o artigo 187 do Código Civil: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

expressavam nos contratos era tida como lei imutável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 75).

O entendimento acima exposto revelava-se no princípio da *pacta sunt servanda*, segundo o qual as partes que celebrassem um contrato válido e eficaz deviam cumpri-lo, não podendo eximirem-se das suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente. Esse princípio significava fundamentalmente a irreversibilidade da palavra empenhada pelas partes contratantes, de modo que nem mesmo o juiz podia alterar as cláusulas contratuais pactuadas, pois alterações e revogações somente poderiam ser feitas bilateralmente (GONÇALVES, 2011, p. 48-49).

Entretanto, esse princípio que se manifestava notadamente na imodificabilidade ou intangibilidade do conteúdo contratual passou a ser utilizado como meio de opressão econômica, visto que as transformações pelas quais passou a coletividade durante o século XX exacerbaram as desigualdades sociais favorecendo a dominação do fraco pelo forte (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 76).

Durante o século XX verificaram-se situações contratuais insustentáveis em razão da exploração dos economicamente mais frágeis pelos poderosos sob pena de não contratar, que provocavam onerosidade excessiva para aqueles, de modo que se concluiu que não havia como ter-se absoluta obrigatoriedade dos contratos quando as partes contratantes não detivessem igual liberdade contratual (GONÇALVES, 2011, p. 49).

Assim, esse princípio trazido com o intuito de garantir maior segurança às relações contratuais através da certeza de que o que havia sido pactuado seria cumprido, acabou sendo utilizado com outros interesses trazendo prejuízos a parte menos favorecida da sociedade.

Diante de tais acontecimentos percebeu-se a necessidade de intervenção do Estado na substância dos contratos por meio da adoção de leis de ordem pública em proveito do interesse da coletividade, ou por meio de intervenção judicial para reparar eventuais desequilíbrios e evitar que, através do acordo pactuado, se cometessem injustiças (GONÇALVES, 2011, p. 49-50).

Considerando o momento social que vivenciamos, no qual os contratos de adesão tomam o lugar dos contratos paritários o princípio em comento adquiriu graduação mais moderada em virtude da existência de instrumentos jurídicos de controle do equilíbrio contratual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 76).

Por efeito do dirigismo contratual acima mencionado, o *pacta sunt servanda* não é absoluto, já que está limitado pelo princípio do equilíbrio contratual, que faz com que se

tenha por vezes a resolução ou a revisão judicial dos atos contratuais¹⁰ (DINIZ, 2013, p. 147-148).

De mais a mais, o atenuamento do princípio da *pacta sunt servanda* não representa o seu desaparecimento, a vista de que permanece sendo indispensável que haja segurança nas relações jurídicas contratuais, pois se os contraentes pudessem não cumprir a palavra empenhada estaria instalado o caos. Nesse sentido, é que se tem a previsão legal do artigo 389¹¹, o qual impõe ônus ao pactuante inadimplente e implicitamente legitima o princípio da obrigatoriedade contratual. O que não mais se admite é a *pacta sunt servanda* quando os contratantes estiverem em patamares diversos e dessa desigualdade resulte benefício ilegítimo (GONÇALVES, 2011, P. 50).

A despeito da mitigação do princípio da *pacta sunt servanda* pela ocorrência do caso fortuito, da força maior¹², pela aplicação da teoria da imprevisão¹³, por exemplo, persiste a ideia de que as convenções estabelecidas no contrato deverão ser fielmente adimplidas, sob pena de execução patrimonial em desfavor do inadimplente. Isso ocorre em consequência de que o contrato após concluído livremente, insere-se no ordenamento jurídico como norma de direito, permitindo que o pactuante requeira o auxílio estatal para garantir o cumprimento da obrigação inadimplida de acordo com a vontade que a instituiu (DINIZ, 2013, p. 149).

Assim, sob o prisma do princípio em comento tem-se que uma vez celebrado o contrato de locação, assim como o contrato acessório de fiança, por partes que estejam em patamares de igualdade, estes devem obrigatoriamente ser cumpridos nos termos da

¹⁰ Em relação à possibilidade de revisão judicial dos contratos, trazida pelo princípio da revisão dos contratos mostra-se relevante colacionar alguns artigos do Código Civil de 2002 relativos à matéria, quais sejam: 1) “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”; 2) “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”; 3) “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”; e 4) “Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

¹¹ O artigo 389 do Código Civil afirma: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

¹² A escusa no cumprimento contratual em razão de caso fortuito e de força maior é trazida no parágrafo único do artigo 393 do Código Civil : “Art. 393. Parágrafo único: O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

¹³ A teoria da imprevisão tem aplicação quando um acontecimento superveniente e imprevisível torna demasiadamente onerosa a prestação imposta a um dos contraentes, em face do outro que, em geral, se enriquece a sua custa indevidamente, o que permite que a parte prejudicada ingresse em juízo postulando a revisão ou a resolução da avença (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 76-77).

vontade empenhada pelos pactuantes, ressalvadas, por óbvio, as exceções que permitem que o contrato não seja levado a efeito nos exatos termos pactuados já referidas anteriormente, quais sejam, o caso fortuito ou de força maior e a teoria da imprevisão.

Apontadas essas ideias, passear-se-á à análise de algumas espécies e formas contratuais, adentrando mais especificamente no exame dos contratos de fiança e de locação, os quais são de inevitável elucidação dado o tema tratado por este trabalho.

3.2 Espécies e formas contratuais

Existem diversas formas e espécies contratuais, dentre as quais algumas estão expressamente reguladas no Código Civil de 2002, no qual o legislador reservou um título exclusivo, tratando em vinte capítulos as várias espécies de contratos, todavia existe ainda uma série de outros contratos que podem ser firmados pelas partes que não possuem específica previsão legal, sendo em razão disso chamados de contratos atípicos¹⁴.

A doutrina traz diferentes classificações das espécies contratuais, agrupando-os em várias categorias a fim de evidenciar as singularidades de cada contrato, as conformidades e as desigualdades dentre as espécies contratuais, as vantagens e os ônus de cada pactuante, assim como os efeitos jurídicos a serem produzidos pelas convenções (DINIZ, 2013, p. 180).

Neste trabalho limitar-se-á a tecer considerações em relação às principais características e peculiaridades dos contratos de fiança e de locação, tendo em conta a estreiteza do problema jurídico versado.

3.2.1 Contrato de fiança

Pontuar-se-á algumas particularidades do contrato de fiança, a fim de que de sua compreensão possa auxiliar no alcance da melhor solução para o problema jurídico tratado.

O contrato de fiança é classificado como um contrato acessório de garantia, de modo que para existir depende da existência de outro contrato, chamado principal, ao qual prestará assistência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 182).

Em sendo um contrato acessório, em sua relação de reciprocidade com o contrato principal, é orientado basicamente por dois princípios: (a) uma vez nulo o contrato

¹⁴ A possibilidade de pactuação de contratos atípicos está estatuída no artigo 425 do Código Civil de 2002: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

principal, nulo será também o contrato acessório; e (b) verificada a prescrição da demanda relativa à obrigação principal, assim também estará a relativa à obrigação acessória. Todavia, em ambos os casos a recíproca não se verifica, isto é, a nulidade e a prescrição do contrato acessório de fiança não determinarão que o mesmo ocorra em relação ao contrato principal (GONÇALVES, 2011, p. 106).

A fiança é um contrato economicamente oneroso para o fiador, por ser uma espécie de garantia pessoal ou fidejussória, através da qual o fiador assegura determinado crédito ao credor com o seu próprio patrimônio (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 622-623). Apresenta como caráter peculiar “o fim que persegue: garantir uma dívida alheia” (LÔBO, 2014, p. 418).

Em verdade, consiste num negócio em que alguém, denominado fiador, estranho à relação jurídica obrigacional originária compromete-se a, com o seu próprio patrimônio, adimplir o crédito do credor, caso não o satisfaça o devedor (GONÇALVES, 2011, p. 558).

É um contrato de garantia bastante utilizado nas locações de imóveis urbanos, regidos também pela lei especial do inquilinato (Lei nº 8.245/91), inobstante o fato de a referida lei apresentar outras formas de garantia mais eficazes como a caução e o seguro de fiança locatícia. Através do contrato de fiança desagregam-se duas partes principais da obrigação: a responsabilidade e o débito, de modo que existe na fiança apenas a responsabilidade pelo débito, uma vez que o débito em si pertence ao afiançado e não ao fiador (VENOSA, 2014, p. 179).

Nisso consiste a individualidade desse tipo de negócio jurídico, isto é, a assunção de riscos patrimoniais por parte do fiador para garantir dívida de terceiro, por meio do estabelecimento de um contrato acessório com o credor, sem receber, a princípio, qualquer tipo de retribuição a não ser, via de regra, a possibilidade de sub-rogar-se nos direitos do credor e tentar receber do devedor o valor que por ele pagou.

Apresenta como principais características, primeiramente, a acessoriedade, em razão de ser considerado um contrato acessório, detentor de todos os atributos pertinentes a esse tipo de categoria contratual, já citados anteriormente, dentre os quais se destaca a impossibilidade de existir sem um contrato principal. Em virtude dessa característica, a fiança poderá garantir valor inferior ao da obrigação principal, bem como ser firmada em termos menos gravosos do que esta (DINIZ, 2013, p. 18-19).

Tal característica é evidenciada pelo fato de que somente serão verificados os efeitos do contrato de fiança se inadimplida a obrigação do contrato principal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 623-624). Bem assim, é notabilizada pelo

fato de que não há óbice a que a fiança seja prestada em valor inferior ao da obrigação principal e/ou em condições menos gravosas, contudo não poderá ser de montante superior ou mais gravosa que a obrigação principal, pois o contrato acessório não pode ir além do principal (GONÇALVES, 2011, p. 559).

Nesse sentido, deduz-se que a fiança a ser concedida como garantia acessória a um contrato principal de locação não pode acarretar ao fiador locatício mais gravames do que acarreta ao locatário, devedor da obrigação principal.

Trata-se de contrato celebrado entre credor e fiador, sem a necessidade de ter-se presente o devedor, podendo ser estatuído sem a sua concordância e/ou contra a sua vontade, tendo como outra característica a unilateralidade, isto é, apenas gera obrigações para o fiador em relação ao credor que não se encarrega de nenhuma obrigação em relação ao fiador. Identifica-se também pela gratuidade, vez que em regra o fiador não receberá qualquer remuneração para garantir o adimplemento do crédito pelo devedor ao credor¹⁵. Por fim, há a subsidiariedade, uma vez que dado o caráter acessório desse tipo de contrato, o fiador, via de regra, somente será chamado a adimplir a obrigação se o devedor principal não a cumprir-la (DINIZ, 2013, p. 18-20).

No tocante a característica da gratuidade do contrato de fiança, importante ressaltar que se deve interpretar os contratos gratuitos de modo menos rigoroso do que os negócios jurídicos onerosos¹⁶. Em virtude daqueles compreenderem uma liberalidade, reputou-se mais justo que o contratante onerado recebesse uma maior proteção do que o não onerado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 624).

No contrato de fiança o fiador ao garantir ao credor o adimplemento de um crédito devido por terceiro (devedor da obrigação principal) assume grande ônus, enquanto o credor não é onerado. Dessa forma no contrato de fiança, conforme o entendimento acima exposto, deve o fiador, pactuante onerado, receber maior proteção do que o credor, pactuante não onerado.

Assim, aplicando tal interpretação ao problema jurídico deste trabalho, tem-se que o fiador do contrato de locação de imóvel urbano ao ser chamado para adimplir os aluguéis não pagos pelo locatário deveria receber maior proteção do que a dispensada ao credor locador, de modo que ele como pactuante onerado do contrato acessório e gratuito de

¹⁵ Excepcionando a característica da gratuidade da fiança tem-se que a fiança poderá ser onerosa caso o afiançado remunere o fiador pela garantia concedida, a exemplo do que ocorre com a fiança bancária (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 624).

¹⁶ Negócio jurídico oneroso é aquele em que ambas as partes percebem um benefício em relação ao qual corresponde um sacrifício patrimonial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 159).

fiança não poderia vir a ter penhorado seu imóvel residencial próprio para adimplir o crédito do credor locador, o qual em relação ao contrato de fiança não sofre ônus algum.

O contrato de fiança tem como função econômica a prevenção de riscos, uma vez que o fiador assume os riscos do credor da obrigação principal, isto é, a possibilidade de este vir a sofrer um dano futuro, qual seja, o eventual descumprimento por parte do devedor da obrigação principal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 626).

Tal contrato acessório de garantia tem como destinatário e beneficiário o credor da obrigação principal, por isso sua celebração fica condicionado apenas a sua aceitação. Dessa forma, o fiador tem de representar suficiente garantia para o credor, podendo este não aceitá-lo caso verifique não ser pessoa idônea, não possuir bens bastantes para garantir o crédito ou, ainda, não residir no local da obrigação principal, nos termos do artigo 825¹⁷ do Código Civil (LÔBO, 2014, p. 419).

Observar as reais condições de o fiador vir a suportar o crédito não satisfeito pelo devedor principal é de salutar importância para evitar que tanto o fiador, quanto o credor venham a sofrer grandes prejuízos patrimoniais em decorrência da insolvência de tal devedor.

A fiança é contrato que deve ser pactuado de forma escrita, por instrumento público ou particular, no próprio corpo do contrato principal ou em separado, compreendendo a dívida principal e seus acessórios quando não estiver expressa a limitação, conforme o disposto pelo artigo 822¹⁸ do Código Civil de 2002 (GONÇALVES, 2011, p. 560-561).

Em decorrência da subsidiariedade desse tipo de contrato o fiador é detentor de uma prerrogativa chamada benefício de ordem, a qual consiste em um instrumento de defesa patrimonial, através do qual o fiador, ao ser acionado pelo credor, poderá apontar bens livres e desembargados do devedor para serem executados em primeiro lugar. Por esse motivo se diz que a responsabilidade do fiador é somente subsidiária, pois apenas na hipótese de não terem sido encontrados bens livres do devedor principal ou não sendo eles suficientes é que serão executados bens do fiador. Todavia tal benefício não poderá ser aproveitado pelo fiador se ele tiver lhe renunciado expressamente, se tiver se obrigado como principal pagador ou devedor solidário ou, ainda, se for o devedor principal

¹⁷ O artigo 825 do Código Civil de 2002 dispõe: “Art. 825. Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação”.

¹⁸ Preceitua o artigo 822 do Código Civil de 2002: “Art. 822. Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador”.

insolvente ou falido, de acordo com o artigo 828¹⁹ do Código Civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 639-640).

Uma vez adimplindo o fiador o crédito do credor da obrigação principal, sub-rogar-se-á nos direitos do credor podendo exigir do devedor principal o que pagou acrescido de juros de desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, se houver, ou pela taxa legal, bem como as perdas e danos que pagar e que vier a suportar em razão da fiança, consoante estabelecem os artigos 832²⁰ e 833²¹ do Código Civil (GONÇALVES, 2011, p. 568).

A fiança é considerada um contrato temporário, devendo respeitar o prazo de duração estabelecido no próprio contrato, que, em geral, equivale ao prazo estabelecido no contrato principal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 647). Todavia se for convencionada com duração ilimitada, poderá o fiador a qualquer momento desobrigar-se, ficando, contudo, responsável por todos os efeitos da fiança durante sessenta dias após a notificação do credor, segundo regula o artigo 835²² do Código Civil de 2002 (DINIZ, 2013, p. 30).

A lei do inquilinato, Lei nº 8.245/91, prevê em seu artigo 39²³ que todas as garantias da locação se estendem até a concreta devolução do imóvel, em razão do que especificamente na garantia de fiança dada em contrato de locação de imóvel urbano há controvérsias tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais em relação à duração da fiança, isto é, se pode o fiador valendo-se do artigo 835 do Código Civil acima referido exonerar-se da fiança a qualquer tempo ficando obrigado por mais sessenta dias ou se prevalece o disposto no artigo 39 da Lei nº 8245/91, de modo que não pode o fiador desobrigar-se, devendo necessariamente garantir a dívida da locação até a efetiva entrega do imóvel (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 647-648).

Ante o exposto, a fim de compreender e solucionar a celeuma trazida pelo problema jurídico aqui examinado há que se sopesar algumas características do contrato de fiança,

¹⁹ Delineia o artigo 828 do Código Civil de 2002: “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”.

²⁰ Estatui o artigo 832 do Código Civil de 2002: “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”.

²¹ Disciplina o artigo 833 do Código Civil de 2002: “Art. 833. O fiador tem direito aos juros de desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora”.

²² O artigo 835 do Código Civil de 2002 assim prescreve: “Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor”.

²³ Preceitua o artigo 39 da Lei nº 8.245/91: “Art. 39 Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta lei”.

dentre as quais, destaca-se precipuamente o fato de ser um contrato de assunção de riscos, economicamente oneroso para o fiador, cujo objeto consiste em garantir um crédito, devido originariamente por terceiro, ao credor de uma obrigação principal, todavia sem perder de vista que é um contrato acessório de garantia que não pode ser mais gravoso do que o contrato principal e no qual a obrigação assumida pelo fiador é subsidiária, salvo expressa disposição em contrário, de modo que ele somente responderá pelo crédito devido se não puder fazê-lo o devedor principal ou se os bens deste último forem insuficientes para saldá-lo.

Expostas essas ideias a respeito do contrato de fiança cumpre analisar ainda outra espécie contratual, qual seja, o contrato de locação.

3.2.2 Contrato de locação

Último assunto a ser tratado neste capítulo é o contrato de locação, em relação ao qual serão feitas referências que tenham maior interesse tendo em conta a problemática do presente trabalho.

O Código Civil de 2002 disciplina o contrato de locação nos artigos 565 a 578, havendo, todavia, outras leis²⁴ que regulam de forma mais minudente algumas espécies de locação, como é exemplo a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, a chamada lei do inquilinato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 192-193). Este último estatuto legal trouxe nova exceção à lei da impenhorabilidade do bem de família, qual seja, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação²⁵, em razão do que também será objeto de análise.

O Código Civil trata da locação de coisas de um modo geral, ao passo que a Lei nº 8.245/91 normatiza apenas a locação de imóveis urbanos, sendo assim considerados aqueles designados à habitação ou ao comércio, independentemente de sua localização, isto é, não é critério para a classificação em imóvel urbano estar situado na zona urbana ou rural. Contudo, os preceitos do Código Civil continuam sendo aplicados às locações de

²⁴ Além da lei do inquilinato, Lei nº 8.245 de 18/10/1991, que regula de forma específica a locação de bens imóveis urbanos residenciais ou comerciais, há também o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504 de 30/11/1964, que disciplina o arrendamento rural, o qual pode ser tido como uma forma de locação de imóveis rurais (GONÇALVES, 2011, p. 312).

²⁵ A exceção à penhora do bem de família do fiador locatício foi trazida pelo artigo 82 da Lei nº 8.245/91 que preceitua o seguinte: “Art. 82 O art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII: ‘Art. 3º..... VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’”.

imóveis urbanos no que for omissa a Lei do Inquilinato, conforme dispõe o artigo 79²⁶ da Lei nº 8.245/91 (VENOSA, 2014, p. 6-8).

Nesse sentido, o regramento trazido pelo Código Civil de 2002 tem tido maior aplicação nas locações de bens móveis, enquanto a Lei do Inquilinato cuida da locação de imóveis urbanos para fins residenciais, de locação por temporada e para fins comerciais, tendo a própria Lei nº 8.245 excluído expressamente sua aplicação de algumas locações no parágrafo único, do seu artigo 1º²⁷ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 202-205).

Assim sendo, é a lei do inquilinato que disciplina a locação objeto de estudo desse trabalho, isto é, a locação de imóvel urbano para fins residenciais, na qual caso estipulada garantia acessória de fiança o fiador poderá ter seu bem de família penhorado.

A aplicação de leis anteriores²⁸ a Lei nº 8.245/91 evidenciaram que a demasiada proteção dos locatários acabava por trazer-lhes prejuízos, pois inibia os proprietários de disponibilizarem seus imóveis à locação, fazendo com que a oferta de imóveis para a locação diminuísse e ocorresse o conseqüente aumento do valor da locação, de modo que há muito tempo prescindia a sociedade de uma lei que garantisse proteção ao locatário, mas também incentivasse proprietários de imóveis urbanos a tornarem-se locadores, sendo criada, com esse viés, a Lei nº 8.245/91 (VENOSA, 2014, p. 7).

Considerando que é através do contrato de locação que grande parte da população brasileira tem acesso a algum tipo de moradia, é importante que sejam ponderados pelo legislador e harmonizados os direitos e as proteções que serão garantidos ao locatário e também ao locador, para evitar que o demasiado amparo dispensado ao locatário acabe por lhe trazer prejuízos, como por exemplo, a excessiva onerosidade do valor do aluguel estabelecido pelo locador como forma de resguardar-se.

²⁶ O artigo 79 da Lei nº 8.245 assim prescreve: “Art. 79 No que for omissa esta Lei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil”.

²⁷ Menciona o artigo 1º da Lei nº 8.245/91: “Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei: Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. em apart-hotéis, hotéis residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades”.

²⁸ A locação de imóveis urbanos já vinha sendo regulada antes da promulgação da Lei nº 8.245, de 18/10/1991 por outras leis, algumas mais abrangentes outras menos, estando dentre elas: 1) o Decreto-Lei nº 4.598, de 20/8/1942; 2) o Decreto-Lei nº 9.669, de 29/8/1946; 3) a Lei nº 1.300, de 28/2/1950; 4) a Lei nº 4.494, de 25/11/1964; e 5) a Lei nº 6.649, de 16/5/1979, vindo esta última a ser revogada pela Lei nº 8.245/91, atualmente em vigência.

Justamente nesse sentido, de trazer maior proteção ao locador é que a Lei nº 8.245/91 regulou a fiança como forma de garantia acessória ao cumprimento da obrigação principal estipulada no contrato de locação, inclusive, dispondo que o fiador de um contrato de locação urbana poderá ter seu imóvel residencial próprio penhorado para adimplir o crédito do credor locador, através da exceção que acrescentou à Lei nº 8.009/90, lei da impenhorabilidade do bem de família.

Assentadas tais premissas passar-se-á a análise das principais características, peculiaridades e elementos do contrato de locação fazendo-se contrapontos entre o que preceitua o Código Civil de 2002 e a Lei nº 8.245/91.

O contrato de locação, segundo prevê o Código Civil, é conceituado como sendo aquele em que uma das partes pactuantes, denominada locador, obriga-se a ceder à outra, chamada locatário, o uso e gozo de uma coisa infungível durante determinado tempo em troca de remuneração (GONÇALVES, 2011, p. 308).

Esse conceito é válido para todas as formas de locação, estando contido nele os principais elementos dessa forma de contrato: a coisa a ser locada; o tempo de duração de tal negócio jurídico; e a retribuição (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 194).

O objeto de qualquer espécie de locação deverá ser: infungível, isto é, ao término do contrato de locação o locatário deverá devolver o mesmo objeto ao locador, sem redução de sua substância; inconsumível, pelas mesmas razões já citadas; lícito e possível o seu uso e gozo; determinado ou passível de determinação; e dado em locação por pessoa que detenha poderes para fazê-lo (DINIZ, 2013, p. 136-139).

Tratando-se de locação de imóveis urbanos o contrato poderá compreender todo o imóvel ou somente parte dele, presumindo-se que envolve o imóvel com seus acessórios caso nada mencione em contrário o pacto celebrado (VENOSA, 2014, p. 13).

Considerando-se que é peculiar a esse tipo de contrato que ao final o objeto locado seja devolvido ao locador, trata-se a locação de um contrato necessariamente temporário, mesmo que seja pactuado sem prazo determinado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 194).

A remuneração, também chamada de aluguel é essencial para caracterizar a locação, uma vez que ceder o uso e gozo de determinada coisa de modo gratuito consiste em contrato de comodato²⁹. O valor do aluguel será fixado pelas partes, ou ainda determinado

²⁹ O contrato de comodato é um negócio jurídico unilateral e gratuito, através do qual o comodante cede ao comodatário a posse de um certo bem, móvel ou imóvel, obrigando-se este último a restituí-lo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 241). O contrato em epígrafe está conceituado no artigo 579

administrativa ou judicialmente, devendo representar valor sério, justo e real, que geralmente será pago em dinheiro, mas não há óbice legal a que seja pactuado o pagamento com algo diverso (GONÇALVES, 2011, p. 311-312).

O que determina a tipicidade do contrato de locação é o aluguel, o qual usualmente é pago de forma periódica, mensalmente. A Lei nº 8.245/91, artigo 17³⁰, proíbe que o valor do aluguel seja vinculado à moeda estrangeira, variação cambial e ao salário mínimo. Os contratos de inquilinato são regidos pelo Estado, de modo que o valor do aluguel tem grande importância para a política estatal, o que faz com que a Administração muitas vezes intervenha no valor e nas formas de reajuste da remuneração locatícia. O valor inicial da locação pode ser livremente fixado pelas partes, as quais poderão se utilizar de quaisquer índices de correção monetária para reajustamento do valor do aluguel, desde que não proibidos pela lei do inquilinato e pela legislação em geral (VENOSA, 2014, p. 106-109).

A peculiaridade do contrato de locação, como já referido anteriormente, é a cominação de certa remuneração, aluguel, a ser paga pelo locatário, em troca do uso e gozo de um imóvel urbano, no caso específico da locação regulada pela lei do inquilinato, pertencente ao locador. Assim, em se tratando do aluguel de imóvel urbano para fins residenciais ou até comerciais, tal contrato envolverá uma grande soma, tendo em conta o valor do aluguel que será cobrado, via de regra, mensalmente, por isso nessas contratações o locador, além da responsabilidade do locatário de pagar o aluguel conforme pactuado no contrato de locação, exige outras formas de garantia.

A Lei nº 8.245/91 prevê algumas formas de garantia que podem ser exigidas pelo locador do locatário, quais sejam, caução, fiança, seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de investimento, conforme artigo 37³¹ daquele diploma legal.

A garantia geral do cumprimento das obrigações estabelecidas num contrato é o patrimônio do devedor, todavia quando as partes ou a lei exigem um suporte a essa garantia genérica os pactuantes vão em busca de uma caução. A caução em um sentido amplo é entendida como qualquer garantia dada ao cumprimento de uma obrigação, entretanto a caução a que faz referência à lei do inquilinato é mais específica, fazendo

do Código Civil de 2002, o qual prevê: “Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto”.

³⁰ Regula o artigo 17 da Lei nº 8.245/91: “Art. 17 É livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo. Parágrafo único. Nas locações residenciais serão observados os critérios de reajustes previstos na legislação específica”.

³¹ Estatui o artigo 37 da Lei nº 8.245/91: “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. Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação”.

menção apenas a cauções dadas em dinheiro, com bens móveis ou imóveis, sem que existam as exigências dos direitos reais de garantia típicos, ou seja, não há necessidade de estabelecer penhor ou hipoteca ao bem imóvel dado como garantia do contrato de locação, por exemplo (VENOSA, 2014, p. 176-177).

A fiança, contrato acessório de garantia já referido neste trabalho, poderia ser compreendida dentro da caução, que engloba qualquer tipo de garantia, sejam reais, sejam pessoais. Contudo, a lei do inquilinato afastou a caução da fiança, por essa última ser um contrato típico, com regras e princípios bem alinhavados, ao contrário do que ocorre com a caução (VENOSA, 2014, p. 178).

A garantia de caução de bens móveis ou imóveis, a qual pode ser pactuada de forma autônoma ou no próprio contrato de locação, consiste em um privilégio real sobre o bem móvel ou imóvel que faz com que o crédito do locador, caso não adimplida a obrigação principal pelo locatário, tenha preferência em relação a outros possíveis créditos quirografários devidos também pelo locatário no momento da execução de referidos bens. Tanto a caução de bem móvel, quanto a de bem imóvel assim que estabelecidas entre locador e locatário já passam a ter validade como obrigação entre ambos, todavia só terão efeito *erga omnes* após o devido registro público no cartório de títulos e documentos, se bem móvel, e no cartório de registro de imóveis em se tratando de bem imóvel (VENOSA, 2014, p. 182).

Já na garantia de caução em dinheiro, o locatário ou até mesmo um terceiro deposita em uma caderneta de poupança, aberta especificamente para esse fim, valor que não poderá ser superior a três meses de aluguel para garantir o crédito do locador. Caso o valor do aluguel seja reajustado, poderá o locador exigir o complemento do depósito. Esse depósito garantirá o pagamento de quaisquer responsabilidades do locatário em relação ao imóvel locado. Se a garantia for dada por um terceiro em seu nome ficará a conta, se dada pelo locatário a conta deverá ficar em seu nome e no do locador, de modo que nessa última hipótese caso um deles queira retirar o valor depositado precisará da anuência escrita do outro. Caso não adimplida a obrigação pelo locatário, o locador deverá promover a execução penhorando o depósito para adimplir seu crédito. De outro lado, terminado o contrato de locação, nada mais devendo o locatário, poderá levantar o valor da conta com todos as vantagens acrescidas devendo o locador autorizar tal procedimento de forma escrita e em este se negando a fazê-lo deverá o locatário recorrer a via judicial (VENOSA, 2014, p. 183-185).

No tocante à caução em títulos e ações, os quais podem consistir em letras de câmbio, títulos da dívida pública, ações de sociedades anônimas, certificados de depósitos bancários, entre outros, são aplicáveis as mesmas regras já mencionadas em relação à caução em dinheiro (VENOSA, 2014, p. 185).

O seguro de fiança locatícia não foi muito bem recepcionado pelas partes contratantes da locação, de modo que não foi muito utilizado desde a lei anterior que regulava a locação de imóveis urbanos, qual seja, a Lei nº 6.649, de 16/5/1979, em razão da edição da resolução nº 14, de 27/9/1979, do Conselho Nacional de Seguros Privados que limitou a aplicação dessa garantia apenas para o não pagamento de aluguéis ou encargos legais estipulados no contrato de locação e para o reembolso das custas processuais e honorários advocatícios. Na nova lei do inquilinato o legislador regulou o seguro de fiança locatícia de forma mais ampla ao dispor no artigo 41³² que ele compreenderá a totalidade das obrigações do locatário, embora a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) tenha editado circular excluindo da abrangência desse seguro alguns riscos e prejuízos não indenizáveis. Apesar disso, o seguro de fiança locatícia é uma forma de garantia que quando bem articulada pode trazer grandes vantagens à locação, todavia continua sem muita aplicação pelos pactuantes desse tipo de negócio jurídico (VENOSA, 2014, p. 193).

Por fim, não serão tecidas considerações nesse momento acerca da garantia de fiança, tendo em vista que ela foi objeto de análise específica no ponto anterior. Entretanto, desde já se percebe que de todas as formas de garantia que podem ser estipuladas em relação ao contrato de locação a fiança é a mais onerosa, precipuamente pelo fato de o fiador garantir o crédito do locador devido por outrem, qual seja, o locatário, com seu próprio patrimônio. Presume-se que uma pessoa ao assumir a posição de locatária de um imóvel para fins residenciais não tenha imóveis em seu nome, de modo que a caução de bens imóveis nesse tipo de locação não se mostra tão útil, porém a caução de bens móveis e, mais ainda, a caução em dinheiro mostram-se bastante eficazes e menos prejudiciais a terceiros possivelmente garantidores e aos próprios pactuantes caso necessitem, de fato, ser utilizadas.

A locação apresenta como características ser um contrato bilateral, pois ambos contratantes são detentores de direitos e obrigações; oneroso, vez que aos direitos dos contratantes correspondem obrigações, sacrifícios patrimoniais; comutativo, uma vez que

³² Comanda o artigo 41 da Lei nº 8.245/91: “Art. 41 O seguro de fiança locatícia abrangerá a totalidade das obrigações do locatário”.

de antemão os pactuantes conhecem seus benefícios e encargos; consensual e não formal, já que se consubstancia apenas com a declaração de vontade das partes, não demandando forma específica, exceto se houver fiança como garantia, hipótese em que terá de ser necessariamente escrito; de troca, pois manifesta-se através da permuta de utilidades econômicas; e principal e definitivo, haja vista que independe de qualquer outra avença, assim como não é preparatório para a realização de outro negócio jurídico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 200-202).

Há ainda previsão legal estabelecendo os deveres do locador (direitos do locatário) e os deveres do locatário (direitos do locador), tanto no Código Civil, artigos 566³³ e 569³⁴ respectivamente, quanto na lei do inquilinato, artigos 22³⁵ e 23³⁶ também respectivamente.

³³ O artigo 566 do Código Civil de 2002 está redigido da seguinte forma: “Art. 566. O locador é obrigado: I – a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário; II – a garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa”.

³⁴ Dispõe o artigo 569 do Código Civil de 2002: “Art. 569. O locatário é obrigado: I – a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse; II – a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar; III – a levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito; IV – a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular”.

³⁵ Estabelece o artigo 22 da Lei nº 8.245/91: “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 - exibir 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”.

³⁶ Prevê o artigo 23 da Lei nº 8.245/91: “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

Mostra-se relevante salientar que, conforme preceito trazido pelo artigo 9º³⁷ da Lei nº 8.245/91, qualquer infração legal ou contratual pode resultar no desfazimento do contrato de locação. Portanto, se o locador descumprir quaisquer de seus deveres legais dispostos no artigo 22 da Lei nº 8.245/91, o locatário tem o direito de rescindir o contrato de locação, requerendo, ainda, perdas e danos. Da mesma forma, se o locatário não observar seus deveres legais disciplinados no artigo 23 da Lei nº 8.245/91, dentre os quais o principal consiste na obrigação de pagar pontualmente o aluguel, poderá o locador revogar o contrato de locação e, sendo o caso, ingressar com ação de despejo³⁸. Todavia, em ambos os casos e, especialmente em se tratando de inadimplemento dos deveres legais por parte do locatário, a rigidez na apreciação da transgressão deve ser abrandecida, tendo em conta o interesse social visado por esse tipo de negócio jurídico (VENOSA, 2014, p. 119-133).

Feitas estas referências aos principais princípios contratuais e às duas formas contratuais típicas, que interessam a esse trabalho, quais sejam, o contrato de fiança e o de locação, cabe pontuar que todos devem ser instrumentalizados de modo a realizar os interesses individuais das partes envolvidas, no entanto sem descuidar do fato de que

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 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.

³⁷ Preceitua o artigo 9º da Lei nº 8.245/91: “Art. 9º A locação também poderá ser desfeita: I - por mútuo acordo; II - em decorrência da prática de infração legal ou contratual; III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos; IV - para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti – las”.

³⁸ A ação de despejo é a forma processual da qual pode utilizar-se o locador para expulsar o inquilino e restabelecer-se na posse do imóvel objeto da locação, seja pelo término do contrato de locação, seja pela infração de obrigação legal ou contratual por parte do locatário (DINIZ, 2013, p. 182). Em relação à ação de despejo disciplina o art. 5º da Lei nº 8.245/91: “Art. 5º Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo”.

devem, na medida do possível, também realizar os interesses sociais, sendo, outrossim, instrumentos de eficácia social.

A peculiaridade que caracteriza o contrato acessório de fiança, isto é, o fato de o fiador garantir o crédito do credor devido por terceiro em um contrato principal, e, bem assim, a peculiaridade que caracteriza, mais especificamente o contrato de locação de imóvel urbano com fins residenciais, ou seja, o locador ceder o uso e gozo de determinado imóvel temporariamente ao locatário para servir-lhe de moradia, mediante remuneração, devem ser ponderadas em relação aos princípios contratuais aqui referidos para que se possa tentar compreender a questão da possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador locatício verificada no caso de inadimplemento de sua obrigação.

Considerando que grande parte da população brasileira não tem moradia própria, o contrato de locação pode ser considerado como uma forma de satisfazer o próprio direito social à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que através dele é que muitas pessoas conseguem ter habitação própria de forma temporária. Assim, a própria fiança dada como garantia nesses contratos de locação pode também ser considerada como instrumento de eficácia do direito social à moradia, a vista de que aos locadores é imprescindível que seja o contrato de locação assegurado com outra forma de garantia além da responsabilidade do próprio locatário, tendo em vista o objeto desse negócio jurídico.

Caso o devedor não pague o aluguel e nem tenha meios para fazê-lo, o locador irá acionar o fiador, o qual caso não tenha naquele momento condições de assegurar o crédito do credor com pecúnia ou outro bem, poderá ter penhorado seu próprio imóvel residencial, ficando então sem moradia.

A questão a ser apreciada é se há necessidade de agravar ainda mais a garantia de fiança, que já é contrato bastante oneroso, dada em contrato de locação, retirando a impenhorabilidade do bem de família do fiador para garantir o crédito do credor devido por terceiro, frente a outras formas de garantia que podem ser estabelecidas ao contrato de locação, as quais causam menores gravames e apresentam-se de forma bastante eficazes, como a caução de bens móveis ou em dinheiro. Ou, ainda, não seria caso de rever a normatização do contrato de fiança e modificá-la, de modo a evitar que fiadores venham a perder seus bens de família. Pois de que adianta garantir moradia aos locatários e permitir que possíveis fiadores percam as suas.

Pontuadas tais considerações, no próximo capítulo deter-se-á na análise da lei do bem de família, Lei nº 8.009/90, especialmente em suas exceções que permitem que em

alguns casos as pessoas tenham penhorado seus bens de família, a fim de que juntamente com o até aqui examinado, possa-se chegar a uma solução para o problema jurídico tratado.

4 CONFLITO PRINCIPIOLÓGICO: DIREITO À MORADIA X *PACTA SUNT SERVANDA*

Neste capítulo serão tecidas considerações acerca do instituto do bem de família, o qual tem previsão legal tanto no Código Civil, quanto na Lei nº 8.009/90, buscando limitar seu conceito, particularidades e alcance de sua proteção.

Assim como irá tratar-se de uma forma de solução de conflitos principiológicos trazida pela doutrina, a fim de buscar concluir quais dos princípios em conflito neste trabalho deverá prevalecer, isto é, o direito fundamental social à moradia do fiador do contrato de locação de imóvel urbano ou o princípio da *pacta sunt servanda* que garante o direito ao crédito do credor locador.

E, por fim, analisar-se-á o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, mais especificamente algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que os tribunais inferiores, assim como juízes singulares tendem a decidir de acordo com tais cortes superiores.

4.1 Do bem de família

Importante analisar, ainda, outro elemento essencial contido no problema jurídico aqui tratado, qual seja, o bem de família para compreender seu conceito e alcance de sua proteção no ordenamento jurídico.

O bem de família teve seu surgimento no início do século XIX no estado do Texas, com a promulgação em 1839 da lei do *Homestead Act*, a qual possibilitava que não fossem penhoradas as pequenas propriedades desde que destinadas à residência do devedor. Tal lei foi criada em razão da grande crise econômica pela qual passava os Estados Unidos da América do Norte, dando, então, origem ao instituto do *homestead* que se espalhou para a legislação dos estados norte americanos, bem assim para o direito de outros países (GONÇALVES, 2011, p. 580).

No Brasil, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe grandes mudanças para as relações jurídicas ao dispensar maior proteção à dignidade da pessoa humana do que às relações patrimoniais, o bem de família já era um direito previsto legalmente no Código Civil de 1916. Logo em seguida à promulgação da Carta Magna de 1988, surgiu em 29 de março de 1990 a Lei nº 8.009, a qual trouxe a previsão do bem de família obrigatório, continuando o posterior Código Civil de 2002, do mesmo modo que o

Código Civil de 1916 por ele revogado, a instituir apenas o bem de família voluntário (CREDIE, 2010, p. 1-2).

O bem de família pode ser considerado como uma destinação especial dada a um bem, qual seja, ser designado à residência familiar e enquanto assim for será impenhorável por dívidas posteriores a sua constituição como tal, à exceção das dívidas oriundas de impostos devidos pelo próprio imóvel (PEREIRA, 2013, p. 671).

Como forma de dar efetividade ao direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, foi estabelecido o bem de família, o qual pode ser tido como uma qualidade que incide sobre um determinado bem imóvel e seus móveis tornando-os intangíveis por eventuais credores, com o intuito de proteger a família que nele reside (DIAS, 2013, p. 627). Assim, o bem de família não pode ser confundido com o imóvel sobre o qual recai, devendo, sim, ser tido como um direito (GONÇALVES, 2011, p. 580). Um direito a não excussão do imóvel em que habita o casal ou a entidade familiar que se incorpora à propriedade (CREDIE, 2009, p. 5).

Tal instituto justifica-se pelo fato de que a casa efetiva um dos direitos fundamentais indispensáveis à vida e à realização da dignidade da pessoa humana, constituindo o patrimônio mínimo que a pessoa humana precisa para viver com dignidade e decência (LÔBO, 2011, p. 397).

Nesse sentido, aduz-se que a moradia “é das mais essenciais necessidades do ser humano e, idealmente, jamais se pode nivelá-la aos bens suscetíveis de apreensão judicial para a satisfação de créditos pecuniários” (CREDIE, 2009, p. 4).

Assim, ao considerar-se que para o casal ou entidade familiar ter uma moradia representa a efetivação da própria dignidade humana, bem como que a moradia é considerada patrimônio mínimo para que se possa viver em condições adequadas, é que não se pode equipará-la a qualquer outro bem passível de excussão permitindo que seja penhorada para adimplir dívidas pecuniárias. Tendo em conta tais considerações, é que se busca compreender a motivação e verificar a coerência do fato de o fiador do contrato de locação urbana, que deixou de ser protegido pela regra da impenhorabilidade, poder ter seu bem de família penhorado para adimplir crédito pecuniário devido por terceiro, isto é, pelo locatário, ao locador.

Esse direito é garantido ao casal ou a entidade familiar, conforme estatui o artigo 1º¹ da Lei nº 8.009/90. Todavia, o conceito de entidade familiar é bastante extensivo, acolhendo

¹ Estabelece o artigo 1º da Lei nº 8.009/90: “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

diversas conformações de convívio envolvendo pessoas solteiras, separadas e viúvas, conforme entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no enunciado nº 364² (DIAS, 2013, p. 628).

Outro atributo do bem de família consiste em ser uma restrição ao direito de propriedade do imóvel sobre o qual recaí, pois restringe o direito de disposição do proprietário sobre o bem imóvel que serve de residência da família, ao passo que não se permite que tal imóvel seja envolvido em negócios jurídicos que lhe acarretarão gravames. Ademais, o bem de família representa também exceção ao artigo 391³ do Código Civil de 2002, vez que tal artigo consolida a regra de que todo o patrimônio do devedor responderá pelas dívidas deste perante os credores (CREIDE, 2009, p. 6-7).

Todavia, tais situações não se verificam em relação ao fiador do contrato de locação de imóvel urbano, pois ao prestar simples garantia acessória de fiança determina grande gravame sobre seu bem de família, podendo tê-lo executado para adimplir o crédito do credor locador, originariamente devido pelo locatário, devedor principal.

No ordenamento jurídico brasileiro são reconhecidas duas espécies de bem de família: bem de família voluntário, previsto no atual Código Civil de 2002, o qual tem como objetivo resguardar a base econômica mínima da família; e o bem de família legal, obrigatório ou involuntário, disciplinado pela Lei nº 8009/90, que tem como intuito tutelar a moradia da família (LÔBO, 2011, p. 398). Costuma-se afirmar que o bem de família voluntário, desde a promulgação da Lei nº 8.009/90, passou a ser considerado espécie jurídica subsidiária do bem de família obrigatório (CREDIE, 2009, p. 9).

O bem de família voluntário, em relação ao qual não será dado enfoque nesse trabalho traçando-se apenas linhas gerais, só se observará nos casos em que o casal ou a entidade familiar possuem mais de um imóvel utilizado como residência e não querendo que a impenhorabilidade obrigatória incida sobre o de menor valor, nos termos do que prevê o parágrafo único, do artigo 5^o⁴, da Lei nº 8.009, deverão estabelecer, por meio de escritura pública registrada no Registro de Imóveis ou testamento, o bem de família sobre o imóvel de

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”.

² Dispõe a súmula nº 364 do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 364: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

³ Regula o artigo 391 do Código Civil de 2002: “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

⁴ Estatui o parágrafo único, do artigo 5^o, da Lei nº 8.009/90: “Art. 5^o. Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil”.

maior valor, a fim de que sobre este recaia a impenhorabilidade, de acordo com o artigo 1.711⁵ do Código Civil de 2002. Entretanto, o valor de tal bem não poderá exceder um terço do patrimônio líquido do casal ou entidade familiar presente ao tempo da constituição (GONÇALVES, 2011, p. 583-584).

Há ainda a possibilidade de que um terceiro, por meio de doação ou testamento institua bem de família voluntário sobre determinado imóvel, o qual para tornar-se eficaz dependerá de aceitação expressa do casal ou entidade familiar, conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 1.711⁶, do Código Civil de 2002 (GONÇALVES, 2011, p. 585).

A Lei nº 8.009/90 ao regular a impenhorabilidade do bem de família legal apresenta visível cunho protetivo. Com o intuito de assegurar o mínimo imprescindível à subsistência da família o Estado avoca para si o dever de proteção que até então era outorgado ao chefe de família ou responsável pela entidade familiar, aos quais competia a instituição voluntária do bem de família (DIAS, 2013, p. 633).

Tamanha é a importância de o casal ou a entidade familiar ter uma moradia que o Estado entendendo não ser suficiente para a proteção das entidades familiares a possibilidade de eles mesmo tornarem impenhoráveis seus bens de família, estabeleceu, através da Lei nº 8.009/90, como regra geral, independente da vontade das pessoas, que o único bem imóvel residencial não poderá ser penhorado para adimplir qualquer tipo de dívida de seus proprietários. Visando evitar que as pessoas utilizando-se de sua autonomia da vontade pudessem trazer grande ônus e prejuízo para si e sua família é que a Lei nº 8.009/90 determinou que o imóvel residencial obrigatoriamente não pode ser objeto de excussão para adimplir dívidas. Contudo, o fiador de um contrato de locação urbana excluído de toda essa preocupação e proteção estatal pode ter seu único imóvel residencial penhorado para satisfazer um crédito devido originariamente por um terceiro, quem seja, o locatário. Verificar a regularidade e congruência de tal situação com os fins do instituto do bem de família já expostos é um dos objetivos desse trabalho, para que se possa chegar a melhor solução para o problema jurídico aqui versado.

O bem de família legal expressa-se na impossibilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar responder pela satisfação de dívida civil, comercial, fiscal,

⁵ Prescreve o artigo 1.711 do Código Civil de 2002: “Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”.

⁶ O parágrafo único, do artigo 1.711, do Código Civil prevê: “Art. 1711. Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada”.

previdenciária ou de qualquer natureza, que tenha sido assumida pelos cônjuges, ou pelos pais, ou filhos que sejam também proprietários do bem e nele habitem, com algumas ressalvas previstas na Lei nº 8.009/90. Não só o bem imóvel residencial próprio esta acobertado pela impenhorabilidade, como também o imóvel sobre o qual se baseiam as construções, as plantações e as benfeitorias de qualquer natureza, assim como todos os equipamentos, inclusive de uso profissional, ou móveis que compoñham a residência, desde que quitados, nos termos do artigo 1º *caput*, já referido, e parágrafo único⁷, da Lei nº 8.009/90 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 400-401).

Contrariamente ao que ocorre com o bem de família voluntário, a tutela instituída pelo bem de família obrigatório é instantânea, isto é, a impenhorabilidade do bem de família emana da própria lei, sem que seja necessário ser feito qualquer tipo de registro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 402).

No caso do locatário de bem imóvel são impenhoráveis os bens móveis de sua propriedade que proveem a residência, desde que tais bens já estejam quitados, conforme disciplina o parágrafo único, do artigo 2º⁸, da Lei nº 8.009/90 (GONÇALVES, 2011, p. 592).

A Lei nº 8.009/90 traz como regra, prevista em seu artigo primeiro, a impenhorabilidade ou inexecutibilidade do bem imóvel residencial próprio. Entretanto, a própria lei traz exceções a essa regra, prevendo em *numerus clausus*, isto é, em hipóteses taxativas casos em que poderá a pessoa ver penhorado seu bem de família, conforme previsão do artigo 2º *caput*⁹ e do artigo 3º¹⁰, ambos da lei nº 8.009/90 (CREDIE, 2009, p. 78).

O artigo 2º *caput* da Lei nº 8.009/90 prevê que poderão ser penhorados os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, por tais bens móveis não serem considerados

⁷ Estabelece o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 8.009/90: “Art. 1º 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”.

⁸ Estatui o parágrafo único, do artigo 2º da Lei nº 8.009/90: “Art. 2º Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo”.

⁹ Dispõe o *caput* do artigo 2º da Lei 8.009/90: “Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos”.

¹⁰ Prescreve o artigo 3º da Lei nº 8.009/90: “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”.

como necessários para a vivência do casal ou entidade familiar, isto é, são considerados bens móveis supérfluos, indo além do necessário à habitabilidade e funcionalidade razoáveis (CREDIE, 2009, p. 93-94). Importante consignar que a jurisprudência, além de considerar impenhorável os bens essenciais para a habitabilidade, vem também considerando como impenhoráveis aqueles bens usualmente encontrados em uma residência comum, de modo que não considera como bem suntuoso, isto é, luxuoso, eletrodomésticos tais como, por exemplo, televisor, máquina de lavar, ar condicionado, forno de microondas, freezer, microcomputador e impressora¹¹.

Já o artigo 3º da Lei nº 8.009/90 elenca em rol taxativo sete exceções à regra geral da impenhorabilidade, dentre as quais apenas deter-se-á na análise do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, o qual foi inserido em tal rol pelo artigo 82 da Lei nº 8.245, de 18/10/1991 e prevê que será passível de penhora o bem de família do fiador que tenha se obrigado em virtude de garantia de fiança concedida em contrato de locação.

Assim, se o fiador for acionado pelo locador, objetivando receber o valor dos aluguéis atrasados não pagos pelo inquilino, poderá o fiador ter seu único imóvel residencial executado para a satisfação do débito do locatário (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 406).

Ao acrescentar exceção à regra da impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90, a Lei nº 8.245/91, lei do inquilinato, não especificou em que tipos de contratos de locação o fiador ao conceder garantia acessória de fiança poderá ter seu único imóvel residencial penhorado, de modo que doutrinariamente tem-se entendido, levando-se em consideração a matéria regulada pela Lei nº 8.245/91, que tal exceção aplica-se a todos os contratos de locação de imóveis urbanos e não somente àquelas locações com fins residenciais (CREDIE, 2009, p. 84).

Embora atualmente arquivado em razão de durante seu curso ter sido submetido à deliberação da Câmara, ainda está em tramitação¹² o Projeto de Lei nº 1.622, proposto em 12/3/1996, pelo deputado Salvador Zimbaldi, intentando a revogação do inciso VII, do artigo

¹¹ De acordo com o REsp 691729/SC, 2ª T., rel. Min. Franciulli Netto, j. 14/12/2004; a Rcl 4374/MS, 2ª S., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 23/2/2011; e o REsp 836576/MS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 20/11/2007.

¹² O Projeto de Lei nº 1.622/1996 foi arquivado com base no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o qual assim estatui: “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava”.

3º, da Lei 8.009/90¹³, o que faz crer que tal exceção realmente esteja em desacordo com o escopo do bem de família (CREDIE, 2009, p. 85).

A inserção de tal exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família gerou grandes discussões tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais. Todavia, a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, em 8/2/2006, no qual a Corte Suprema decidiu que a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador em decorrência de garantia de fiança concedida em contrato de locação é constitucional, não afrontando o direito fundamental social à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988¹⁴, os demais tribunais, tais como o Superior Tribunal de Justiça¹⁵ e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁶, tem acompanhado tal decisão, decidindo de forma unânime pela penhora do bem de família do fiador de contrato de locação.

Contudo, na doutrina não há ainda uma unanimidade de entendimento, havendo posições favoráveis e contrárias à exceção prevista no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, conforme tentar-se-á elucidar abaixo.

Maria Helena Diniz ao tratar dos efeitos da fiança desconstrói o posicionamento doutrinário de que a exceção tratada afronta o princípio constitucional da isonomia previsto

¹³ A justificação para a propositura do Projeto de Lei nº 1.622/96 que visa revogar a exceção que retira a impenhorabilidade do bem de família do fiador é de que: “Parece-nos demasiadamente rigorosa a disposição que pretendemos revogar. De um lado, ela onera excessivamente aquele que presta um favor para o locador. De outro, e como consequência, a disposição acaba por dificultar ao locador encontrar um fiador (o que vai de encontro ao espírito da própria lei locatícia). Ademais, a lei de locação prevê outras modalidades de garantia, como a caução e o seguro de fiança locatícia” (<http://www.camara.gov.br>, publicado em 3/4/1996).

¹⁴ Contrariamente ao decidido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, constante do julgamento do Recurso Extraordinário nº 352.940/SP, em 25/4/2005, era de que o inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, não havia sido recepcionado pela emenda constitucional nº 26 de 14/2/2000, a qual inseriu a moradia como direito fundamental social, razão pela qual foi considerado como inconstitucional (CREDIE, 2009, p. 85).

¹⁵ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. IMÓVEL DO FIADOR. PENHORA. POSSIBILIDADE. FIANÇA.VALIDADE. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. 1. *O Superior Tribunal de Justiça, na linha do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, tem entendimento firmado no sentido da legitimidade da penhora sobre bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.* 2. O contrato de fiança deve sempre ser interpretado restritivamente e nenhum dos cônjuges pode prestar fiança sem a anuência do outro, exceto no regime matrimonial de separação patrimonial absoluta (arts. 819 e 1.647 do CC). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1347068/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 15/09/2014). (grifo nosso)

¹⁶ APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À PENHORA. LOCAÇÃO. PENHORA. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO FIADOR. Não merece guarida o argumento de que se operou a novação em virtude do acordo de parcelamento do débito, passando os fiadores à condição de devedores principais. Essa conclusão deve-se ao fato de que o acordo, assinado pelos apelantes, advém do contrato de locação, no qual são solidariamente responsáveis pelo pagamento das obrigações. *O inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90, que foi alterado pelo art. 82, da Lei 8.245/91, prevê expressamente a possibilidade da penhora do bem de família dado em garantia de obrigação decorrente de fiança pactuada em contrato de locação, mesmo no caso do bem servir de moradia e ser o único do garantidor. Outrossim, o STF reconheceu a constitucionalidade do referido artigo.* APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045632882, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 19/03/2015). (grifo nosso)

no artigo 5º¹⁷ da Constituição Federal de 1988, assim como o posicionamento de que afronta o direito fundamental social à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, entendendo que a questão está resolvida desde que o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 407.688 legitimou a penhorabilidade do único imóvel residencial do fiador (DINIZ, 2013, p. 27).

Em sentido contrário tem se o posicionamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os quais, seguindo o pensamento exarado por Sérgio André Rocha Gomes da Silva¹⁸ e pensando constitucionalmente o direito civil, concluem que o inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90 desrespeita o princípio da isonomia, disposto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, por tratar fiador e locatário de forma desigual quando suas obrigações derivam da mesma causa jurídica, qual seja, o contrato de locação. Assim, entendem que o Supremo Tribunal Federal julgou equivocadamente o Recurso Extraordinário nº 407.688/SP (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 628-632).

Carlos Roberto Gonçalves entende haver uma certa incongruência em referida exceção, em razão de que o locatário tem protegidos pela regra da impenhorabilidade os bens móveis já adimplidos, que lhe pertencem e que guarnecem a residência alugada, nos termos do parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 8009/90, já o fiador, excluído da regra da impenhorabilidade, poderá ter seu único imóvel residencial penhorado para adimplir o crédito devido pelo inquilino (GONÇALVES, 2014, p. 604).

Outrossim, Ricardo Arcoverde Credie entende que a exceção inculpada no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, afronta os princípios gerais da própria lei em que está prevista, não condizendo com o próprio significado que se quis atribuir ao conceito de bem de família. Referido autor reconhece como objetivo do legislador ao inserir tal exceção viabilizar as locações, contudo assevera que o melhor seria que se compelissem a fiança bancária às locações, tendo em vista que o aumento na utilização desse serviço faria com que o mesmo se tornasse mais barato, evitando dessa forma o desamparo do fiador e sua família (CREDIE, 2009, p. 83-84).

Por fim, Paulo Lôbo também faz referência ao Recurso Extraordinário 407.688, no qual se decidiu pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em

¹⁷ O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assim prevê: “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, nos termos seguintes: [...]” (grifo nosso).

¹⁸ Sérgio André Rocha Gomes expõe seu posicionamento, acima referido, no artigo “Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança em contrato de locação”, publicado na Revista de Direito Privado, v. 2, abr./jun., 2000 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 629).

decorrência de obrigação originária na garantia de fiança concedida em contrato de locação, declarando acompanhar o voto da minoria vencida dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais entenderam prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia do fiador em relação ao direito de crédito do locador, pontuando, ainda, que na Lei nº 8.245/91, além da fiança, há previsão de outras formas de garantias locatícias (LÔBO, 2011, p. 404).

Diante do exposto, verifica-se o quão controvertida é a questão da possibilidade de o bem de família do fiador de contrato de locação poder ser penhorado em razão da obrigação por ele assumida ao prestar ao locador garantia de fiança. Mesmo no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688/SP em que o Supremo Tribunal Federal definiu jurisprudencialmente a constitucionalidade da exceção prevista no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, posicionamento que vem sendo mantido pelos tribunais, houve uma minoria de Ministros que votou em sentido contrário. Já doutrinariamente falando, a questão está longe de ser decidida havendo aqueles que defendem a constitucionalidade de tal exceção, e, dessa maneira, entendem correto o julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal no recurso acima referido, bem como aqueles que defendem a inconstitucionalidade, de modo que entendem equivocada a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Evidenciada está a importância de um casal ou de uma entidade familiar ter um imóvel residencial, próprio ou não, para desenvolver-se. Ter um lar para viver, abrigar-se, conviver com a família e a sociedade é sim ponto essencial para que se garanta e efetive a dignidade da pessoa humana. O escopo da Lei nº 8.009/90, qual seja, resguardar o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, proibindo que o mesmo venha a ser executado em razão de dívidas do proprietário e eventuais integrantes da entidade familiar, impõe a prevalência do direito à moradia em relação ao direito de crédito dos credores, mesmo no caso daqueles que não tem ainda imóvel residencial próprio, garantindo a eles que não terão penhorados os móveis próprios que guarnecem a residência alugada. Levando, então, em consideração esse objetivo da lei do bem de família muitos questionamentos surgem em torno da exceção prevista em seu inciso VII, do artigo 3º, a qual estabelece que o fiador, simples garantidor acessório do contrato de locação poderá ter seu bem de família penhorado para adimplir o crédito do locador, originariamente devido pelo locatário.

Analisado o instituto do bem de família, abordar-se-á em seguida os conflitos de princípios e a forma de resolvê-los, com o intuito de ter-se mais um instrumento que possa auxiliar na definição de qual dos princípios conflitantes no problema jurídico desse trabalho deverá prevalecer.

4.2 Embate principiológico entre moradia e crédito

A exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família que prevê a possibilidade de penhora do bem de família do fiador em decorrência de fiança concedida em contrato de locação urbana traz grandes divergências em razão da magnitude e importância dos princípios que tal situação envolve.

De um lado, tem-se o direito fundamental social à moradia, o qual é também considerado como um princípio, concretizador da própria dignidade da pessoa humana, sendo a moradia condição para que as pessoas tenham uma vida digna; e de outro, tem-se o princípio da obrigatoriedade contratual ou *pacta sunt servanda*, o qual tem como finalidade garantir segurança jurídica aos negócios jurídicos pactuados, determinando que uma vez celebrado o contrato de fiança esse se torna lei entre as partes, possuindo natural força cogente, de modo que seu cumprimento torna-se obrigatório aos contratantes.

Desde que vencido o entendimento de que os princípios tem cunho meramente axiológico e são desprovidos de eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata, os princípios passaram também a ser considerados normas jurídicas. Desse modo, as normas em geral e, especialmente, as normas constitucionais dividem-se em dois grandes grupos: os princípios e as regras (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 10).

As regras, geralmente, apresentam-se de forma objetiva, descrevendo determinadas condutas e incidem sobre um grupo limitado de situações. Já os princípios, apresentam-se com maior nível de abstração, não explicitando a atitude a ser seguida e recaem sobre número indeterminado de situações (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 11).

As regras aplicam-se pelo método da subsunção, isto é, se os fatos ocorridos amoldam-se na previsão abstrata trazida pela norma, será produzido o resultado nela previsto. Assim, a incidência de uma regra ocorre no modelo tudo ou nada, de modo que ou ela trata da matéria em sua integralidade ou é descumprida (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 11). Os conflitos entre regras que venham a surgir resolvem-se pelos critérios da solução de antinomias, tais como, o critério hierárquico, da especialidade e o cronológico¹⁹ (BRANCO, 2009, p. 146).

¹⁹ O conflito entre regras ou conflito de antinomias ocorre sempre que duas ou mais regras venham a contrapor-se. Tais conflitos podem ser resolvidos por alguns critérios, dentre os quais se destacam: (a) o critério hierárquico, segundo o qual uma regra inferior poderá ser revogada por uma regra superior, a qual prevalecerá, podendo ser citadas como exemplo as regras constitucionais que irão tornar ineficazes as regras infraconstitucionais que com elas conflitem; (b) o critério da especialidade, de acordo com o qual havendo uma regra geral e uma regra especial regulando um mesmo assunto, prevalecerá a regra especial, todavia não revogará a regra geral a menos que o declare expressamente; e (c) o critério cronológico, o qual leciona que a

De outro lado, os princípios não suscitam consequências jurídicas automaticamente quando verificada a ocorrência das situações que preveem. Isso porque os princípios têm um aspecto que as regras não possuem: o aspecto do peso (BRANCO, 2009, p. 146).

Assim, quando os princípios entram em conflito, indicando caminhos diversos sua aplicação deve ocorrer por meio da ponderação, isto é, considerando o caso concreto, o intérprete verificará o peso que cada princípio deverá exercer na situação concreta, por meio de outorgas recíprocas, conservando-se o máximo de cada um dos princípios conflitantes (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 11-12). Essa aferição do peso que cada princípio terá num determinado caso concreto não é feita através de métodos de mensuração certos, precisos, e sim de acordo com a avaliação da importância de cada princípio na situação sob análise. Desse modo, o que acontece é um embate de pesos entre as normas em confronto e não a concepção de um princípio como exceção do outro (BRANCO, 2009, p. 146). Em razão disso, é que se diz que os princípios com sua flexibilidade permitem que seja feita a justiça do caso concreto (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 12).

Relevante pontuar que quando um princípio detém relação estreita com o dogma do respeito à dignidade da pessoa humana, que é o ápice da conformação do Direito, tal circunstância acarreta a esse princípio peso mais significativo (BRANCO, 2009, p. 180).

Nesse sentido, tendo em vista que o princípio fundamental social da moradia tem relação direta com a dignidade da pessoa humana, uma vez que sem ter uma casa para abrigar-se que possibilite ao casal e às diversas entidades familiares terem sua vivência e desenvolverem-se não se pode falar em respeito à dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que a ele deve ser atribuído peso preponderante.

Sempre que de um conflito entre princípios não se conseguir chegar a uma solução, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, que impeça perdas ou sacrifícios de um dos princípios em conflito imperioso torna-se empregar a ponderação (ALEXY, 2011, p. 4-5).

A medida de quanto o que é estabelecido por um princípio será cumprido é definida pela análise de sua confrontação com outras regras e princípios opostos e pela apreciação da realidade fática sobre a qual incidirá (BRANCO, 2009, p. 167).

A ponderação pode ser considerada como uma técnica de decisão jurídica empregável na solução de casos complexos (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 17).

regra posterior derroga a regra anterior quando ambas forem do mesmo nível hierárquico (VENOSA, 2014, p. 107-110).

A regra da ponderação ou lei da ponderação pode ser expressa da seguinte forma: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2011, p. 5).

Ou seja, de um conflito entre princípios, a observância daquele que prevalecer tem de ter tão grande importância de modo a justificar, a superar o prejuízo causado pela inobservância do outro princípio conflitante. Trazendo tal análise para mais perto do problema jurídico deste trabalho, tem-se que para que o princípio fundamental social da moradia venha a prevalecer a garantia do bem de família do fiador tem de ser mais importante que a garantia do direito ao crédito que tem o locador, trazida pelo princípio da obrigatoriedade contratual e, vice-versa, para que o princípio da *pacta sunt servanda* venha a prevalecer a garantia do direito ao crédito do locador tem de ser tida como mais importante que a garantia do bem de família do fiador, trazida pelo princípio fundamental social da moradia.

Para solucionar-se um conflito entre princípios utilizando-se da ponderação deve-se primeiramente comprovar o grau do não cumprimento ou prejuízo de um dos princípios em conflito. Posteriormente, deve-se comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário (ALEXY, 2011, p. 5).

Essas duas primeiras etapas são semelhantes, vez que se trata de constatar em que proporção os princípios envolvidos são afetados na hipótese concreta, um negativamente e outro positivamente (BRANCO, 2009, p. 180).

Por fim, na última etapa, deve-se analisar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio (ALEXY, 2011, p. 5). E todo esse desenvolvimento racional deve ser orientado pelo princípio da proporcionalidade (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 19).

Claro está que a técnica da ponderação na busca de solução para casos difíceis abrange apreciações de caráter subjetivo, as quais poderão diferir em razão de circunstâncias pessoais do intérprete e de outras influências e, justamente, por esse motivo é que as decisões alcançadas por meio da ponderação devem ser submetidas à análise da argumentação produzida, isto é, é imprescindível que o julgador apresente de forma expressa o raciocínio e a argumentação que o orientaram a determinada solução (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 20-24).

O cerne da ponderação é de fato um juízo subjetivo dirigido por uma aspiração de correção e objetividade. Para avaliar o nível de correção e objetividade atingido por uma decisão alcançada por meio da ponderação, essa decisão tem de ser acolhida por outros sujeitos razoáveis. Assim, evitar-se-á que as decisões estejam fundamentadas em argumentos

incoerentes, alegações empiricamente negáveis ou determinações não universalizáveis (BRANCO, 2009, p. 194).

É necessário que as decisões obtidas mediante ponderação contenham fundamentos normativos, explícitos ou até mesmo implícitos, que lhe alicercem e deem sustentação, isto é, não é suficiente que as decisões estejam de acordo com o bom senso e definição de justiça particular do intérprete, é preciso que elas veiculem fundamentos da ordem jurídica que as legitimem (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 23).

Outro caráter importante a ser analisado nas decisões que tenham se utilizado da técnica da ponderação é a capacidade de universalização dos critérios aplicados na decisão, ou seja, almeja-se que os preceitos usados para resolver uma situação concreta possam ser aplicados como regra geral em casos análogos (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 25).

O problema jurídico abordado por este trabalho sem sombra de dúvidas quando verificado concretamente pode ser considerado como um caso de difícil solução, tendo em vista que a exceção que prevê a possibilidade de penhora do bem de família do fiador foi acrescentada à Lei nº 8.009/90 em 18 de outubro de 1991 e até hoje ainda é objeto de discussão, gerando divergências doutrinárias, conforme exposto no título anterior, mormente após o acréscimo do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais a partir da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000.

E, assim sendo, poder-se-ia tentar solucioná-lo por meio da técnica da ponderação, abordada neste ponto, buscando-se verificar o cumprimento de quais dos princípios mostra-se mais importante a ponto se superar o prejuízo causado pela inobservância do princípio em sentido contrário, aliando todo esse raciocínio às circunstâncias do caso concreto e ao princípio da proporcionalidade.

4.3 Análises jurisprudenciais acerca do problema jurídico proposto

Expostas considerações doutrinárias acerca das principais matérias envolvidas no problema jurídico tratado por este trabalho, passar-se-á a análise do que as cortes superiores, quais sejam, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça têm decidido acerca da exceção prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, isto é, verificar-se-á qual o entendimento tem prevalecido na jurisprudência pátria.

Primeiramente tratar-se-á do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, julgado em 8 de fevereiro de 2006, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o qual trata do caso de Michel Jacques Peron, recorrente, que firmou contrato de fiança com Antonio Pecci,

recorrido, como garantia acessória ao contrato de locação pactuado entre Antonio, locador, e um terceiro, locatário, tendo Michel obrigado-se como devedor solidário. Posteriormente, Michel, fiador do contrato de locação, teve seu bem de família constricto para adimplir crédito de Antonio locador, por ordem do juiz de 1º grau, o qual também lhe negou a liberação do imóvel, em razão da exceção disposta no art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90.

Desta decisão de 1º grau, Michel interpôs agravo de instrumento ao antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo a fim de ter liberado seu bem de família, entretanto teve negado seu provimento, o que motivou a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, com intuito de saber se persistia ou não a exceção estatuída no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90 com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alargou a disposição do artigo 6º da Constituição Federal ao incluir a moradia entre os direitos sociais.

O ministro relator Cezar Peluso aduziu ter como inconsistente o recurso, por não vislumbrar a não recepção do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90 pela Emenda Constitucional nº 26. Referiu que o direito fundamental social à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária ou com o direito de ser proprietário, devendo o direito à moradia resguardar simultaneamente o direito subjetivo do fiador ao bem de família e o direito do locatário à habitação. Mencionou que possibilitar a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação urbana é uma forma de implementar o próprio direito à moradia, em razão de favorecer o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional pelo reforço das garantias contratuais dos locadores, tendo em conta que há uma quantidade muito maior de pessoas que somente irão concretizar seu direito à moradia por meio da locação de imóveis, em contraposição a uma classe bem menor de pessoas proprietárias de bens imóveis, que decidem livremente ser fiadoras. Por fim, asseverou que retirar essa exceção da lei do bem de família, a qual ele chamou de “técnica legislativa”, acarretaria a exigência de garantias mais onerosas para as locações residenciais, de modo que menor número de pessoas poderia utilizar-se da locação de imóveis para ter sua moradia, ocorrendo conseqüentemente um desfalque de abrangência no campo do próprio direito fundamental social à moradia. Acabando por negar provimento ao recurso.

O Ministro Eros Grau pontuou que a impenhorabilidade do imóvel residencial garante a proteção do indivíduo e sua família em relação a necessidades materiais, garantindo a própria subsistência, de modo a satisfazer a dignidade humana. Aduziu que a possibilidade de penhora do bem de família do fiador de contrato de locação afronta o princípio da isonomia, pois se o locatário, conforme próprio exemplo utilizado pelo ministro, deixasse de pagar o

aluguel para pagar as prestações de uma casa que teria adquirido, essa sua casa estaria acobertada pela regra da impenhorabilidade, enquanto o fiador poderá ter penhorado seu único imóvel residencial para adimplir dívida daquele mesmo locatário. Referiu que o artigo 6º da Constituição Federal 1988, no qual está inserto o direito à moradia, é dotado de eficácia normativa vinculante, vinculando dessa forma o legislador, de modo que afirma que a Emenda Constitucional nº 26, a qual introduziu a moradia entre os direitos fundamentais sociais, não recepcionou a lei que excepcionou a regra da impenhorabilidade. Mencionou que o argumento de que a retirada da exceção prevista no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90 acabaria por trazer grandes impactos ao mercado das locações imobiliárias, trazido pelo ministro relator, não poderia afastar a incidência de preceitos constitucionais, quais sejam, o artigo 6º e o princípio da isonomia previstos na Constituição Federal de 1988. Desse modo, deu provimento ao recurso.

O Ministro Joaquim Barbosa, complementando o voto do ministro relator, expos entender que a questão circunscrevia-se no embate de dois direitos fundamentais: o direito fundamental social à moradia e o direito à liberdade na sua mais pura expressão da autonomia da vontade. Referiu que ao prestar fiança em contrato de locação urbana o cidadão por livre e espontânea vontade, fazendo uso de sua autonomia da vontade, põe em risco a invulnerabilidade de seu direito fundamental social à moradia que lhe é assegurado pela Constituição Federal de 1988. Assim sendo, aludiu que não verificava qualquer incompatibilidade entre a exceção prevista no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90 e a Constituição Federal de 1988, negando provimento ao recurso.

O Ministro Carlos Ayres Britto pontuou em seu voto que a moradia aparece em três oportunidades na Constituição Federal de 1988: primeiro no artigo 6º, como direito social; segundo no inciso IV, do artigo 7º, como necessidade vital básica do trabalhador e sua família; e terceiro no inciso IX, do artigo 23, como política pública de competência material concomitantemente da União, dos estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Referindo que, em razão de tais qualificações constitucionais a moradia tornar-se-ia direito indisponível, não podendo sofrer penhora por efeito de um contrato de locação, de modo que juntamente com o ministro Eros Grau, divergiu do voto do relator, dando provimento ao recurso.

O Ministro Celso de Mello, semelhantemente ao voto do Ministro Eros Grau, asseverou que tal exceção afronta o princípio constitucional da isonomia por tratar diferentemente fiador e locatário, sendo que a obrigação de ambos tem a mesma origem, qual seja, o contrato de locação. Assim, acompanhando o voto dos Ministros Eros Grau e Carlos

Ayres Britto, manifestou-se pela não recepção do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90 pela Emenda Constitucional nº 26, dando provimento ao recurso.

O Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Ellen Graice, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Sepúlveda Pertence e o Ministro Nelson Jobim pontuando algumas das ideias trazidas pelo Ministro relator Cezar Peluso e pelo Ministro Joaquim Barbosa em seus votos, acompanharam o voto do relator, negando provimento ao recurso e entendendo constitucional o inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90.

Assim, o Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, sete votos contra três, tendo sido vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, entendendo que o inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90 foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 26, isto é, entendeu que a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador do contrato de locação urbana não afronta o direito fundamental social à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, ficando o recurso extraordinário nº 407.688-8/SP assim ementado:

FIADOR. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELOS DÉBITOS DO AFIANÇADO. PENHORA DE SEU IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO DE MORADIA, PREVISTO NO ART. 6º DA CF. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, INC. VII, DA LEI Nº 8.009/90, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 8.245/91. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. VOTOS VENCIDOS. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (STF; RE 407688 / SP - São Paulo; Recurso Extraordinário; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; julgado em 08/02/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação DJ 06-10-2006 PP).

Assim, contrariamente ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 352.940/SP, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, em 25 de abril de 2005, o Supremo consagrou, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em razão de garantia de fiança concedida em contrato de locação.

Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.360/SP, em 13 de agosto de 2010, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, no qual também se discutia a inconstitucionalidade da penhora do imóvel bem de família do fiador de contrato de locação urbana por ofensa ao direito fundamental social à moradia, reconheceu-se a repercussão geral

da matéria, nos termos do § 1º, do artigo 543-A²⁰, do Código de Processo Civil, decidindo-se que os Tribunais de origem e demais Turmas Recursais a partir de então poderiam passar a aplicar o entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, anteriormente referido, nos julgamentos de sua competência que envolvessem essa matéria. Desse modo, o Recurso Extraordinário nº 612.360/SP teve como conclusão: “CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL” (STF; RE 612360 / SP - São Paulo; Recurso Extraordinário; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; julgado em 13/08/2010; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação DJ 03-09-2010).

Não é diferente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual também assentou posicionamento pela constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento acerca da matéria ao julgar o Recurso Especial nº 1.363.368 – MS, em 12 de novembro de 2014, que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, o qual ao verificar a multiplicidade de recursos envolvendo a mesma matéria submeteu o recurso ao rito do artigo 543-C²¹ do Código de Processo Civil, isto é, à sistemática dos recursos repetitivos.

O Recurso Especial foi interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que está assim ementada:

²⁰ Dispõe o § 1º, do artigo 543-A, do Código de Processo Civil: “Art. 543-A. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

²¹ Estabelece o artigo 543-C, *caput*, do Código de Processo Civil: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo”.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - COBRANÇA DE ALUGUERES E ENCARGOS LOCATÍCIOS - BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90 - CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE - EXCESSO DE EXECUÇÃO - MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA - QUESTÃO A SER DISCUTIDA EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I. O Estado-Juiz, mediante a presidência do processo executivo, não pode ser conivente com a tentativa de despojar o fiador e sua família do refúgio de sua residência para, mediante expropriação forçada, converter o bem de família em pecúnia, a fim de satisfazer o crédito do locador frente ao afiançado. II. Tal proceder, antes de demonstrar o completo esvaziamento do princípio da solidariedade e a absoluta indiferença com a dignidade do garantidor e sua família, reflete a sobreposição de um direito disponível - crédito - sobre um direito fundamental - moradia. III. A pretensão de expropriação do imóvel residencial do fiador ganha maiores contornos de inadmissibilidade quando, em comparação com o direito posto ao devedor principal, percebe-se que a garantia negada ao garantidor é amplamente assegurada ao afiançado. IV. A exceção de pré-executividade é cabível apenas para discutir questões de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo Juízo, tais como os pressupostos processuais e condições da ação, além dos casos de evidente ausência de responsabilidade obrigacional do devedor ou de iliquidez do título. V. Inadmissível o acolhimento da exceção de pré-executividade no que diz com questões próprias de impugnação ao cumprimento de sentença, como o excesso de execução (Ag. Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, 3ª Câmara Cível, julgado em 29/5/2012, DJe 5/6/2012).

No acórdão acima colacionado, vê-se que os desembargadores do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul entenderam pela prevalência da moradia, direito fundamental, em detrimento do crédito do locador, que é um direito disponível. Isto é, relacionando tal decisão com o problema jurídico versado neste trabalho, tem-se que entenderam os desembargadores pela prevalência do direito fundamental social à moradia em relação ao princípio da *pacta sunt servanda* que assegurava ao locador seu direito de crédito.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça fazendo referência ao julgamento do Recurso Extraordinário 407.688-8 pelo Supremo Tribunal Federal, anteriormente analisado e salientando que de há muito a Corte Superior também tem entendido pela constitucionalidade da exceção prevista no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, reformou a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, de modo a permitir a penhora do bem de família do fiador e para fins do artigo 543-C do Código de Processo Civil, isto é, para fins de consagrar entendimento a ser aplicado nos demais julgamentos de Recursos Especiais envolvendo essa matéria, conclui que: “É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador do contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014). Desse modo, ao Recurso Especial nº 1.363.36/MS foi atribuída a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO. LEI N. 8.009/1990. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: "É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990". 2. No caso concreto, recurso especial provido (REsp 1.363.368/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 21/11/2014).

Antes mesmo do julgamento do Recurso Especial acima referido o Superior Tribunal de Justiça, desde que o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento pela constitucionalidade da possibilidade de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, vinha, utilizando-se das razões do Supremo Tribunal Federal no julgamento de referido Recurso Extraordinário, também decidindo pela penhorabilidade. Entretanto, após submeter o Recurso Especial nº 1.363.368 à sistemática dos recursos repetitivos, tal entendimento sobejou consagrado no âmbito da Corte Superior, guiando a decisão a ser proferida nos demais recursos interpostos que versem sobre essa matéria.

Tendo em consideração o bem de família, instituto tão valoroso para a proteção das entidades familiares e garantia da dignidade da pessoa humana, mais complexa se torna a busca de uma solução para o problema jurídico deste trabalho. Vem corroborar tal afirmação a divergência doutrinária acerca do tema e a grande quantidade de autores que, contrariamente ao que vem sendo decidido pela jurisprudência nos casos concretos levados ao Poder Judiciário, entendem dever prevalecer o direito à moradia do fiador em detrimento do direito de crédito do locador, isto é, em detrimento do princípio da *pacta sunt servanda*.

Aplicando a técnica da ponderação ao problema jurídico versado neste trabalho, imaginando um caso concreto isolado em que esteja em jogo a prevalência da moradia do fiador, isto é, seu bem de família ou a prevalência do crédito do locador referente aos aluguéis não pagos pelo locatário a ser garantido pela observância do princípio da obrigatoriedade contratual, parece claro que deve prevalecer o direito fundamental social à moradia do fiador, tendo em vista que a importância de deixar o fiador permanecer com seu único imóvel residencial próprio supera os prejuízos sofridos pelo locador consistentes em não receber valor que lhe é devido em razão do descumprimento contratual.

Todavia analisando a repercussão que tal decisão teria nos demais contratos de locação, também parece claro que haveria um impacto no mercado das locações, tendo em vista que os locadores buscarão valer-se de outros meios para garantir que receberão o valor

dos aluguéis devidos pelos locatários, o que pode, por via de consequência, tornar o contrato de locação mais oneroso e até mesmo inviabiliza-lo dependendo das condições econômicas dos candidatos a locatários, preocupação tida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e que os levou a decidir, por maioria de votos, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90.

Assim, após analisados todos os elementos constituintes do problema jurídico tratado neste trabalho, bem como as considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, tentar-se-á concluir nas próximas linhas qual dos princípios em conflito na penhora do bem de família do fiador do contrato de locação de imóvel urbano, direito fundamental social à moradia e *pacta sunt servanda*, deve prevalecer, de modo a determinar uma solução para referido problema jurídico.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo buscar uma solução para o problema jurídico existente na possibilidade de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação de imóvel urbano, uma das exceções à regra geral da impenhorabilidade do bem de família, prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90.

Isto porque tal possibilidade de penhora envolve institutos jurídicos muito importantes e uma questão de ordem social bastante relevante, visto que conflitam de um lado o direito fundamental social à moradia do fiador e de outro o princípio da obrigatoriedade contratual que resguarda o direito ao crédito do locador, além do que, tal situação repercute diretamente no mercado das locações urbanas, do qual depende boa parte da população brasileira para ter um lar para viver e desenvolver-se.

Essa exceção à regra geral da impenhorabilidade do bem de família foi acrescentada à Lei nº 8.009/90 pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 e, inobstante isso, devido a grande celeuma jurisprudencial acerca do tema, tal exceção não vinha sendo aplicada, sobretudo com a promulgação, em 14 de fevereiro de 2000, da Emenda Constitucional nº 26 que acrescentou a moradia ao rol dos direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Foi pacificado o entendimento pela constitucionalidade de tal exceção apenas em 2006, a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, e somente a partir de então é que os tribunais de forma uníssona tem penhorado, quando necessário, o bem de família do fiador para adimplir os aluguéis não pagos pelo locatário ao locador.

A despeito de a questão, a primeira vista, ter se resolvido no âmbito jurisprudencial, no que tange ao âmbito doutrinário a questão não é pacífica, existindo muitos autores defendendo a posição de que não deveria ser excepcionado o bem de família do fiador do contrato de locação urbana da regra geral da impenhorabilidade.

Incongruente é a exceção à regra geral da impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei nº 8.009/90 discutida neste trabalho. A despeito de que o fiador pactue com o locador garantia acessória de fiança a um contrato de locação de imóvel urbano de livre e espontânea vontade, no exercício pleno de sua autonomia da vontade, inadequado é penhorar seu bem de família para adimplir os aluguéis não pagos pelo locatário ao locador, tendo em vista a magnitude do princípio fundamental da moradia que é subjugado para que prevaleça o direito ao crédito do locador assegurado pelo princípio da *pacta sunt servanda*.

O direito fundamental social à moradia está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, sendo dela concretizador, de modo que permitir que se penhore o bem de família do fiador do contrato de locação urbana, sendo o fiador, via de regra, um simples garantidor acessório, que benefício algum tem em relação ao contrato principal de locação, para adimplir o crédito do locador devido originariamente pelo locatário, significa dizer que o direito ao crédito do locador é mais importante, devendo, portanto, prevalecer em detrimento da própria dignidade humana do fiador.

A impropriedade da exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, sobressai-se quando analisada sob o prisma da constitucionalização do direito civil e, assim, do direito contratual, a partir da qual se determinou o predomínio da tutela da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas contratuais e não mais dos interesses patrimoniais, tendo em vista que ao se permitir que o fiador tenha penhorado seu único imóvel residencial para adimplir o crédito do locador, correspondente aos aluguéis devidos pelo locatário, está se dando prevalência ao interesse patrimonial do locador em detrimento da dignidade da pessoa humana do fiador também garantida pelo direito fundamental social à moradia.

A técnica da ponderação analisada no decorrer deste trabalho traz como regra para a solução de casos difíceis envolvendo conflitos entre princípios, que o princípio que deve prevalecer é aquele que justifique ou supere o não cumprimento do outro princípio em conflito. Sabe-se que aliada a tal regra para se utilizar a técnica da ponderação devem também ser levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto. Inobstante não ter-se um caso concreto, analisando pura e simplesmente a dimensão e essencialidade dos princípios em conflito no problema jurídico deste trabalho, torna-se pouco crível que o princípio da *pacta sunt servanda* justifique ou supere o descumprimento do princípio fundamental social da moradia, ou seja, não parece razoável que o fiador perca seu único imóvel residencial próprio para que o locador receba os valores dos aluguéis não adimplidos pelo locatário, tendo em vista que desse modo estar-se-ia colocando em detrimento a própria dignidade humana do fiador para a prevalência de um objeto, de um bem econômico, isto é, o crédito do locador.

Apesar de a jurisprudência ter se pacificado no sentido de que a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação de imóvel urbano é constitucional e adequada, não representando qualquer afronta ao direito fundamental social à moradia, não é esse o entendimento ao qual se chega após todas as pesquisas realizadas no âmbito deste trabalho.

Um dos argumentos determinantes que levou ao atual posicionamento jurisprudencial foi o de que tal possibilidade de penhora protege o mercado das locações, pois se não se permitisse a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação urbana, não haveria

tantos locadores disponíveis a locar seus imóveis, assim como as locações tornar-se-iam contratos bastante onerosos para os locatários que teriam de utilizar-se de outras formas de garantia, o que faria com que muitas pessoas não tivessem condições de locar bens imóveis para tê-los como moradia, de modo a não viabilizar a concreção do próprio direito à moradia, tendo em vista que considerável parte da população brasileira depende das locações para ter uma residência.

Todavia, não parece adequado tirar a moradia do fiador para garantir a moradia dos locatários e adimplir os aluguéis por estes devidos. Ademais, a própria lei que trata da locação de imóveis urbanos, Lei nº 8.245/91, prevê outras formas de garantias acessórias ao contrato de locação, tais como: a caução em dinheiro, que permite ao locatário depositar o valor de um a três meses de aluguel de forma antecipada como garantia de pagamento; a caução em bens móveis, através da qual poderia o locatário oferecer seu veículo automotor, por exemplo, em garantia do cumprimento do contrato; e o seguro fiança a ser firmado com uma instituição bancária. Claro que essas garantias acessórias mencionadas exigem que o locatário despenda mais recursos, entretanto considerando ser ele o interessado na locação com a qual se beneficiará parece mais justo onerá-lo um pouco mais, o que talvez demandaria um maior planejamento financeiro dos locatários antes de celebrarem os contratos de locação, do que onerar demasiadamente terceiro, isto é, o fiador que não auferir proveito algum e pode ainda perder seu único imóvel residencial próprio.

Outrossim, a irrazoabilidade da possibilidade de penhora do bem de família do fiador do contrato de locação de imóvel urbano fica ainda mais evidente ao verificar-se que a Lei nº 8.009/90, no parágrafo único, do seu artigo 2º protege os bens móveis do locatário que guardam sua residência ao não permitir que sejam penhorados para adimplir qualquer tipo de dívida e, assim, portanto, para adimplir o próprio aluguel por ele devido e, de outro lado, desprotege o único bem imóvel residencial próprio do fiador ao permitir que seja penhorado para adimplir os aluguéis devidos originariamente pelo locatário.

Diante de todo o exposto, conclui-se que no problema jurídico tratado neste trabalho deve prevalecer o direito fundamental social à moradia do fiador em detrimento do princípio da *pacta sunt servanda* que assegura o direito ao crédito do locador, sendo o mais consentâneo que não subsista a exceção à regra geral da impenhorabilidade do bem de família prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional: 2011. vol. 1. Disponível em <<http://revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 14 mai 2014.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica: 1998.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br>> Acesso em: 1 abr 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série IDP).

BRASIL. Código Civil. *Vade Mecum*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Constituição Federal. *Vade Mecum*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. *Vade Mecum*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. *Vade Mecum*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Projeto de Lei nº 1.622, de 12 de março de 1996. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 7 abr 2015.

_____. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. 13. ed. 2014. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 7 abr 2015.

_____. Súmulas STJ. *Vade Mecum*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1347068/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 9 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 5 abr 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação nº 4374/MS*. Relator: Ministro Sidnei Beneti, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 5 abr 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.363.368/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 12 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 27 abr 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 691729/SC*. Relator: Ministro Franciulli Netto, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 5 abr 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 836576/MS*. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 20 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 5 abr 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 352.940/SP*. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 25 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 27 abr 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 27 abr 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 612.360/SP*. Relator: Ministra Ellen Gracie, Brasília, DF, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 24 fev 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Agravo de Instrumento nº 0011976-77.2012.8.12.0000/MS*. Relator: Desembargador Marco André Nogueira Hanson, Campo Grande, MS, 29 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>> Acesso em: 27 abr 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70045632882*. Relator: Desembargador Munira Hanna, Porto Alegre, RS, 9 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 5 abr 2015.

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. *A função da propriedade territorial urbana e a concretização do direito de moradia digna: o novo papel do direito de superfície*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br>> Acesso em: 31 mai 2014.

CLEVÉ, Merlin Clemerson. *Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. 2005. Disponível em <<http://mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 20 jun 2014.

CORDENONSI, Augusto Cezar Olesiak; AWAD, Fahd Medeiros. *Conteúdo do direito à moradia em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2010. v. 3. p. 139-151. Disponível em <<http://upf.br/direito>> Acesso em: 18 jun 2014.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos, volume 1*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos, volume 2*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos, volume 5*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Novo curso de direito civil, volume 4: tomo II: contratos em espécie*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei nº 12.874/2013*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONDINHO, André Osório. *Direito Constitucional dos Contratos: A incidência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, volume 5: direito de família*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte: Fórum, n. 2, p. 65-119, 2003. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 27 out 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Lei do Inquilinato comentada: doutrina e prática*. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2014.